

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Adriano Borges Becker

Boa-Fé nos Contratos de Emprego

Porto Alegre

2017

Adriano Borges Becker

Boa-Fé nos Contratos de Emprego

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em
Direito do Trabalho junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientadora: Professora Doutora Lisiane
Feiten Wingert Ody.

Porto Alegre

2017

RESUMO

A presente monografia pesquisa a lacuna legislativa acerca dos deveres dos negociantes na fase pré-contratual dos contratos de emprego. Para o desenvolvimento da pesquisa, o trabalho valeu-se da revisão bibliográfica. Como resultado, concluiu-se que a lacuna legal é preenchida pelo princípio da boa-fé que agrega deveres anexos em todas as fases da relação obrigacional.

Palavras-chave: 1. Boa-fé; 2. Contrato de Emprego. 3. Obrigações

Agradecimentos

Ao Grande Geômetra do Universo pelas inúmeras bênçãos concedidas;

À minha orientadora doutora Lisiane Feiten Wingert Ody que me concedeu uma
centelha do seu conhecimento;

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo acolhimento e aperfeiçoamento
técnico

Aos meus pais Alberto Niederauer Becker e Ana Sílvia Borges Becker pelo amor
incondicional me dado;

Aos meus irmãos Arthur Borges Becker e Amanda Borges Becker pelas travessuras
proporcionadas;

A Cristiane Barcellos pelo amor que colore os meus dias.

Sumário

Agradecimentos	4
1. Introdução.....	6
2. Do Contrato de Emprego	8
Relação de Trabalho x Relação de Emprego	8
Pessoalidade:	9
Onerosidade:	10
Habitualidade:.....	10
Subordinação:	11
Contrato de Emprego:.....	13
Elementos do Contrato de Emprego	15
Capacidade:	16
Manifestação da Vontade.....	18
Objeto do Negócio Jurídico:	19
Características do Contrato de Trabalho Strictu Sensu	21
3. Princípios Jurídicos	25
A Evolução da Distinção entre Princípios e Regras.	26
A Distinção entre Princípio Jurídico e Cláusula Geral.....	30
4. Do Princípio da Boa-Fé	32
A Evolução da Boa-Fé no Direito	35
A Incidência da Boa-Fé no Processo Obrigacional	42
A boa-fé na fase pré-contratual.....	45
Deveres Secundários na Fase Pré-Contratual do Contrato de Emprego..	49
Dever de Proteção.....	49
Dever de Informação	50
Dever de Lealdade	51
Referências	56

1. Introdução

Lugar comum é de que o direito positivado é incapaz de acompanhar a complexidade e a evolução do plano fático¹. Um dos hiatos legais é o que diz respeito às obrigações da fase negocial do contrato de emprego². Conquanto exista a cláusula geral contratual da boa-fé no Código Civil, inscrita no artigo 422, e aplicada subsidiariamente às relações de trabalho, esta nada se remete a fase da formação do contrato, mais precisamente quanto as obrigações dos tratantes³.

Há de se apontar que o contrato de emprego, ao contrário dos contratos civis em geral, sofre uma intervenção estatal⁴ em razão da disparidade dos contratantes⁵, em destaque a vulnerabilidade do empregado frente ao empregador, sendo que aquele por muitas vezes não lhe resta a não ser aderir ao contrato imposto por este - que detêm os meios de produção - para trabalhar⁶. Logo, uma solução encontrada na esfera cível pode não ser aceita no plano do Direito do Trabalho.

Emerge, portanto, a problemática que a monografia enfrenta. Em uma linha mais direta, se esclarece: 1) se há obrigações na fase pré-negocial; 2) qual a fonte

¹ “[...] abrir-se à possibilidade de recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação jurídica, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis, sem que seja necessário, para o progresso do direito, recorrer-se sempre à pontual intervenção legislativa.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.pp.19 e 20.

² “Nem o Código Civil, nem a CLT possuem norma expressa a respeito da atuação do princípio da boa-fé, nos contratos em geral e no contrato de emprego, de maneira específica.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.235.

³ “Saliente-se, desde logo, que o art. 422 do Novo Código Civil brasileiro, já citado, de aplicação subsidiária no Direito do Trabalho, prevê que os contratantes são obrigados a guardar na conclusão do contrato o princípio da boa-fé.” BARACART, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.p. 222.

⁴ “A vontade negocial é passível, entretanto de restrições, quer no momento em que o negócio jurídico se conclui, quer no regramento das cláusulas contratuais. Tais restrições podem ocorrer pela incidência de lei, ou de ato administrativo, ou ainda por motivo de desproporção entre o poder social e o individual.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.26.

⁵ “Finalmente, a faculdade de determinar o conteúdo do negócio jurídico pode ainda ser restringida em razão do desnível de poder econômico, do qual decorre a fixação unilateral das condições gerais do contrato, como sucede no contrato de adesão.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.30.

⁶ “O poder econômico, no plano sociológico, altera sensivelmente, ou até mesmo anula, a faculdade de uma das partes estabelecer cláusulas ao negócio jurídico, influenciando não apenas nos contratos celebrados entre empresas e indivíduos, mas também entre sociedades, pelos efeitos da sua concentração.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.30.

geradora destas obrigações; e 3) se estas obrigações são aplicáveis aos contratos de emprego.

A monografia se desenvolve através da revisão bibliográfica de autores que enfrentaram o tema, em especial as obras: A boa-fé nos contratos de emprego de Francisco Rossal de Araújo e A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional de Judith Martins-Costa. Outrossim, debruça-se sobre a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, corte de cúpula da esfera trabalhista no Brasil, para averiguar o enfrentamento da matéria.

O presente trabalho acadêmico está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo abordará o contrato de emprego, de modo que se compreenda as particularidades deste, a evolução histórica e sua distinção com os demais contratos de trabalho. No segundo capítulo se versará sobre os princípios jurídicos e sua função no ordenamento jurídico e, por fim, no derradeiro capítulo se apresentará o princípio da boa-fé e o modo como gera e agrega obrigações anexas em todas as fases contratuais.

2. Do Contrato de Emprego

Relação de Trabalho x Relação de Emprego

É necessário balizar terminologicamente relação de trabalho e relação de emprego para que se possa avançar no tema. relação de trabalho é gênero em que se insere a espécie relação de emprego e outras avenças trabalhistas como os trabalhos: autônomo, eventual, avulso⁷⁸⁹. A subordinação do empregado ao empregador é a principal característica que difere a relação de emprego das demais relações de trabalho, sendo que nestas últimas o trabalhador guarda autonomia frente ao empregador¹⁰.

Historicamente, a distinção tem gênese no Direito Romano que diferenciava o trabalho subordinado (*location operarum*) do trabalho autônomo (*location operis*). Nesta modalidade, o que importa é o resultado do trabalho recai todos os riscos para quem se obriga a realizar a tarefa, enquanto naquele modelo adquiria-se o direito de dispor da energia laboral do outro¹¹¹².

⁷ “A relação de emprego pressupõe trabalho subordinado e constitui espécie de relação de trabalho, que é gênero.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.115.

⁸“Relação de trabalho é gênero, que compreende o trabalho autônomo, eventual, avulso, etc. Relação de emprego trata do trabalho subordinado do empregado em relação ao trabalhador.” MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.p.94.

⁹ “A relação de trabalho é gênero, do qual a relação de emprego é espécie.por outras palavras: a relação de emprego, sempre, é relação de trabalho; mas, nem toda relação de trabalho é relação de emprego, como ocorre, v.gr., com os trabalhadores autônomos (profissionais liberais, empreitadas, locações de serviços, etc.).” RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. Curitiba: Juruá,1995.p. 52.

¹⁰ “Qual é, no entanto, o traço que, com nitidez, singulariza a relação de emprego, dentro do quadro amplo das relações de trabalho?

[...] A característica essencial está em que o trabalhador presta serviços, por força da relação de emprego, subordinado às ordens legítimas do empregador.” RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. Curitiba: Juruá,1995.p.52.

¹¹ “A distinção entre trabalho autônomo e trabalho subordinado prendem-se as duas categorias de locação de sérvios, vindas do Direito Romano: *locatio operis* e *locatio operarum*. Na primeira, é o resultado do trabalho que importa; na segunda, a própria força de trabalho. Enquanto na *locatio operis* o risco do resultado permanece a cargo de quem se obriga a realizar certa obra (empreiteiro), na *locatio operarum* recai sobre aquele que adquire o direito de dispor do trabalho alheio (empregador).” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.232.

¹² “Precisando melhor os termos da diferença entre as duas instituições jurídicas, podemos dizer que, na *locatio operarum*, dá o trabalhador a prestação de uma quantidade de trabalho, percebendo salário periodicamente pelo simples fato de produzir, de exercer uma atividade para outrem; na *locatio operis*, o que interessa é o resultado encomendado, podendo o empreiteiro trabalhar onde quiser, quando e como quiser, sem que o encomendante possa se imiscuir no ser serviço, dar-lhes ordens ou instruções a cada passo.por isso mesmo é que o risco corre por sua conta (do

No ordenamento pátrio, as relações de emprego estão caracterizadas por quatro atributos, ostensivamente vazados na Consolidação das Leis do Trabalho, no seu artigo 3º¹³, e amplamente aceitos na doutrina que são: habitualidade, subordinação, pessoalidade e onerosidade. Conquanto, certos doutrinados entendam que ainda há outros elementos como a capacidade, o consentimento, a dependência, a licitude, a exclusividade, a estabilidade e a profissionalidade¹⁴.

Esmiúça-se os conceitos pacíficos da relação de emprego.

Pessoalidade:

A relação de emprego é *intuitu personae*, ou seja, é uma obrigação infungível, personalíssima e intransmissível, pois é sempre prestado por uma certa e determinada pessoa física¹⁵¹⁶, sendo esta pessoa denominada empregado. Desta maneira, as pessoas jurídicas não podem ser empregados, apenas empregadoras.

Importa anotar que dada a característica da pessoalidade da relação de emprego, vindo a óbito o empregado, o vínculo empregatício desaparece e extingue-se o contrato de trabalho, que é um negócio jurídico, pelo fato da morte¹⁷.

empregado).” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.pp. 264 e 265.

¹³ “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

¹⁴ “Os elementos da subordinação, contraprestação mediante salário, pessoalidade e continuidade são, normalmente, admitidos pelos doutrinadores. Entretanto, existem outras posições, que variam conforme a óptica proposta. Assim, alguns autores apontam como elementos essenciais o consentimento das partes, a capacidade, o trabalho e o salário. Também são apontados, como elementos, os sujeitos, a capacidade, o consentimento, a dependência, a prestação pessoal de serviços, a licitude, a exclusividade, a estabilidade e a profissionalidade.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.140.

¹⁵ “A prestação de trabalho, com relação ao empregado, é sempre efetuada por pessoa física, daí atribuir-se ao contrato de emprego a característica *intuitu personae*. Trata-se, portanto, de uma obrigação infungível, personalíssima e intransmissível, não podendo ser satisfeita por outra pessoa, mas tão somente, por aquele que a contraiu.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.141.

¹⁶ “Somente pode ser empregado pessoa natural, física, de carne e osso, um indivíduo concreto, material. Nenhuma pessoa jurídica pode manter relação de contrato de trabalho, de locação de serviços, com outra pessoa natural ou jurídica.podem entre si essas pessoas jurídicas – manter relações comerciais, ser matriz e filial, associadas, manter contratos de empreitada, inclusive mandato, mas nunca contrato de trabalho.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 370.

¹⁷ “Outro argumento a favor da pessoalidade do contrato no que tange à figura do empregado, é o fato de que o vínculo empregatício desaparece com a sua morte. Seus herdeiros não possuem a obrigação de manterem o contrato, pois, com o falecimento do empregado, desaparece a sua força física, inerente à sua pessoa. Esta consequência decorre do fato jurídico morte, que extingue o

Outrossim, destaca-se que o contrato de trabalho não pode ser transferido para terceiros, pois o que se adquire do trabalhador é a sua energia¹⁸.

Onerosidade:

A contraprestação pelo laboro prestado pelo empregado é a percepção de uma remuneração, o salário. São as obrigações principais do contrato de emprego, caracterizando a natureza sinalagmática da relação jurídica¹⁹²⁰.

Habitualidade:

A relação de emprego é contínua e permanente, ou seja, as partes executam o contrato indefinidamente no tempo sem projeção de um marco terminal²¹. Insta sublinhar que o elemento da continuidade na relação de emprego é relativa, porque mais do que a prestação material do trabalho, tendo em vista a impossibilidade devido aos acasos da vida (em outras palavras do plano fático) que interrompem ou suspendem o contrato de emprego, o que importa é o aspecto subjetivo das partes em darem continuidade ao vínculo²²²³.

negócio jurídico contrato de emprego.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.147.

¹⁸ “Para Carnelutti, o empregado, ao celebrar o contrato de trabalho assume uma obrigação de dar, isto é, de realizar um negócio jurídico translativo de energia, tal como ocorre com a energia elétrica. Daí à conclusão a que chega corajosamente, Carnelutti, de que o objeto do contrato é a própria pessoa do trabalhador, não vai senão um passo.” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.241.

¹⁹ “Ao dever do empregado de presta trabalho contrapõe-se o dever do empregador de prestar salário. Essas são as obrigações básicas do contrato de emprego. São as duas faces da mesma moeda, existindo um em função do outro, caracterizadores do caráter sinalagmático da relação jurídica.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.147.

²⁰ “Mediante salário importa em dizer que o contrato de trabalho é oneroso, sendo a onerosidade uma das suas notas características e típicas. Não se trata de um ato de boa vizinhança de boa vontade, a título gratuito.pela prestação de serviços de uma das partes vê-se a outra sujeita a uma obrigação de dar, pagando-lhe salário.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 374.

²¹ Nesse ponto, é possível dizer que a continuidade apresenta vários aspectos, que podem ser resumidos da seguinte forma: a) o contrato de emprego pressupõe o trabalho continuado e permanente, afastando a ideia de eventualidade ou ocasional idade; b) o trabalho desempenhado dever estar inserido objetivamente na empresa, ou seja, deve corresponder a uma necessidade objetiva e permanente; c) no aspecto subjetivo, existe a expectativa das partes de que as obrigações se desenvolva no decorrer do tempo; d) a continuidade, embora não seja um conceito derivado da subordinação, deve ser compreendida no contexto dela, já que a reciprocidade nas prestações está submetida ao direito de variar o contrato por parte do empregador.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.147.

²² “A noção de continuidade no contrato de emprego é relativa. Como explicita *Ludovico Barassi*, a continuidade não quer dizer absolutamente continuidade material na prestação de trabalho, até porque isso seria materialmente impossível. Sempre existem interrupções que podem ser exigidas ou

Subordinação:

A subordinação, ou dependência, é o traço mais marcante da relação de emprego e o elemento que difere o contrato de trabalho dos demais²⁴. Incontroverso que o empregado está subordinado ao empregador.

A Consolidação das Leis do Trabalho utiliza o termo “dependência”, ocasionando na doutrina o questionamento se a dependência é: técnica, econômica, social ou jurídica²⁵.

Como dependência técnica compreende-se como o vínculo criado entre o empregador, que dirige e orienta tecnicamente os trabalhos, e o empregado que executa as ordens²⁶. A crítica a esta tese se dá em razão de que o empregador contrata mão de obra especializada pela justa razão de não possuir determinado *know-how*²⁷. Em outras palavras, o empregador pode não possuir o conhecimento técnico suficiente para dirigir as atividades do empregado e, nem por isso, deixará este de ser subordinado daquele.

justificáveis pela própria vida, mas a relação retorna e as partes prosseguem nas bases do negócio já acertado.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.147.

²³ “Só há contrato de trabalho quando, pelas circunstâncias objetivas (natureza do próprio serviço prestado) e, em geral, pelas intenções das partes, elementos subjetivos, decorre uma certa continuidade na prestação de serviços.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa**. Rio de Janeiro: Universidade Brasil, 1957.p.226.

²⁴ “Qual a nota característica, típica, do contrato de trabalho, capaz de distingui-lo dos outros contratos afins? Sob o termo genérico de dependência ou subordinação, desde o século passado, fixaram-se os doutrinadores nessa nota como a constante do contrato de trabalho.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 376.

²⁵ “Mas, apesar de dominar atualmente na doutrina o conceito de subordinação jurídica como caracterizadora do contrato de trabalho, várias foram as tentativas de adjetivação desta dependência. Veremos quatro formas sob as quais se manifestou: a) dependência técnica; b) dependência econômica; subordinação jurídica; subordinação ou dependência social.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 376.

²⁶ “Entende-se por subordinação técnica o vínculo que nasce entre pessoas das quais exercem de modo constante um ramo da indústria humana e, para cujo exercício, se servem de outras que ficam sob a sua direção e orientação no exercício de seu trabalho. O empregador, é aquele que está em posição, pelo jogo da sua atividade normal, de dirigir tecnicamente os trabalhos daqueles que se encontram colocados sob as suas ordens.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.pp. 376 e 377.

²⁷ “Para um industrial ou comerciante dirigir seu estabelecimento, não precisa ser especialista no ramo da sua atividade.para isso tomará ele o serviço de técnicos, como hoje em dia está muito em moda através de gerentes ou administradores, que se incluem na direção propriamente dita (*management*). Exatamente por não ser técnico é que ele contrata um deles.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 377.

Outro ramo da doutrina defende que o empregado não dispõe de outro meio de subsistência a não ser vender a sua força de trabalho ao empregador. É, portanto, economicamente dependente deste²⁸.

Prima face, a tese parece ser perfeita. Contudo, a doutrina expõe duas fraturas.

A primeira crítica diz respeito ao empregado que é mais rico que seu empregador. Mesmo que aconteça este fato, o empregado continua subordinado ao empregador²⁹. A segunda crítica refere-se ao trabalhador que pode depender economicamente do tomador de serviço, porém não há contrato de emprego por haver carência de outros elementos, como ocorre com os profissionais liberais³⁰.

A tese da dependência social, elaborada por Rene Savatier, afirma que o empregado é subordinado por necessitar dos meios de produção ofertados pelo empregador, do salário percebido para sua subsistência e de laborar sob ordens, ou seja, alheio aos riscos do empreendimento³¹. A crítica que se desenha para esta teoria é de que as características sociais, por si só, não são capazes de impelir que o empregado obedeça às ordens do empregador³².

²⁸ “Comentado esta conceituação de dependência econômica [de Paul Cuche], esclarece A. ZINGUÉRÉVITCH, seu adepto, que as pessoas assim dependentes encontram-se realmente privadas de liberdade econômica, no sentido de que, sem o serviço que lhe é fornecido em retribuição ao qual recebem o salário, cairiam por força na miséria.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 378.

²⁹ “Pode não haver dependência econômica, e existir contrato de trabalho, quando o empregado, recebendo uma herança, ganhando na loteria, ou mesmo desde o início da relação de emprego, sendo mais rico do que o seu empregador, permanece no emprego, podendo até lhe emprestar dinheiro particularmente, mas nem por isso deixará de formar com ele um contrato de trabalho, devendo-lhe obediência e subordinação.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 379.

³⁰ “Por outro lado, pode haver dependência econômica, sem que ocorra um contrato de trabalho, como acontece quando um profissional liberal (médico, advogado ou professor) se dedica durante meses ou anos a um só cliente, dado o vulto, a importância do caso e os honorários que recebe, com abandono temporário dos demais. permanece, não obstante, um profissional liberal.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 379.

³¹ “Assim uma pessoa é socialmente dependente sempre que necessitar para sua subsistência do que trabalho que lhe proporciona o empregador, dos instrumentos que lhe oferece, não trabalhando a seu risco, ou porque obedece às ordens deste possível empregador, do qual é juridicamente um preposto.” É esta síntese que SAVANTIER apresenta sob o nome de dependência social.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 380.

³² “Em verdade, do ponto de vista estritamente jurídico, pouco importa a situação social das partes, como pretende SAVATIER. Embora na vida real ocorra normalmente esta dependência, do que se cuida é de título jurídico válido, bastante, a ponto de justificar o direito do empregador de dar ordens e

A subordinação jurídica, atualmente o conceito dominante na doutrina, emerge de um estado de direito do empregador de dar ordens para o empregado, enquanto este tem o dever de acatá-las, por força do contrato³³. Desta maneira, a subordinação é devida em relação à execução do contrato firmando, não havendo uma subordinação homem a homem de ordem física ou moral³⁴. O empregado está diante de uma situação jurídica e não de um estado de submissão ao empregador³⁵.

Contrato de Emprego:

Historicamente, por força da influência do direito romano, o contrato de emprego foi denominado locação de serviços (*locatio operarum*) nos códigos civis do século XIX estando inserido no capítulo dos arrendamentos, pois da mesma maneira que se alugava um carro, uma máquina, uma casa, também se alugava os serviços de um trabalhador. No Brasil, essa denominação vigorou no Código Civil de 1917³⁶.

A doutrina vanguardista do século XIX, em especial a alemã, já havia percebido a peculiaridade do instrumento e já ventilava a expressão contrato de trabalho nos anos de 1870 nos ensaios entre os juristas³⁷. Contudo, foi apenas no ano de 1900 que a denominação foi empregada na legislação, sendo pioneira a lei

a obrigação do empregado de acatá-las." FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 380.

³³ "Por subordinação entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de submeter a essas ordens." COLIN apud FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 381.

³⁴ "Em resumo, a subordinação de que se trata tem a ver tão somente com a execução do contrato firmado, com o seu próprio objeto, e não uma subordinação homem a homem, de natureza física ou moral." FILHO, Evaristo de Moraes. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo, LTr, 1994.p.100.

³⁵ "A subordinação não cria um *status subjectionis* é, apenas, uma situação jurídica." SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.246.

³⁶ "A denominação tradicional do contrato de trabalho oriunda do direito romano, era locação de serviços (*locatio operarum*). E sob este nome que ele aparece em todos os códigos civis do século XIX, quer no francês de 1804, quer no italiano de 1865, dentro da categoria genérica dos arrendamentos. Como se alugava uma casa, um cavalo, um escravo, alugava-se também os serviços do trabalhador livre. Ainda é assim que aparece no Código Civil brasileiro de 1917, já com bastante atraso neste particular." FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 366.

³⁷ "Na doutrina, porém, é relativamente antiga a denominação contrato de trabalho, surgida a princípio nos livros de economia. Mas, entre os juristas, inclusive civilistas e padectologistas, encontramo-la, a cada passo, em obras e ensaios jurídicos a partir do último trintênio do século XIX, principalmente na Alemanha." FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 366.

belga que utilizou a expressão *contrat de travail* (contrato de trabalho), sendo seguida pelas demais legislações da Europa continental³⁸.

Importa anotar que, diferentemente dos países europeus, o legislador brasileiro propositalmente omitiu-se no Código Civil de 1916 sobre o contrato de trabalho³⁹. Deste modo, no Brasil, as relações de trabalho receberam forma jurídica apenas a contar do Decreto nº 193.98/1930, chegando no ápice com a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5452/1942) editada pelo governo de Getúlio Vargas sob a influência da *Carta del Lavoro* da legislação fascista italiana de 1927⁴⁰.

No estado atual do direito, conceitua-se contrato de emprego, também denominado contrato de trabalho *strictu sensu*⁴¹ ou contrato de trabalho subordinado⁴², como sendo: o negócio jurídico pelo qual uma pessoa natural (empregado) obriga-se a prestar, habitualmente, trabalho a outra pessoa (empregador), jurídica ou física, mediante pagamento (salário), ficando aquela juridicamente subordinada a esta⁴³.

³⁸ “Ao que conste, o primeiro diploma legal a admitir a expressão contrato de trabalho foi a lei belga, regulando o *contrat de travail*, de 10 de março de 1900. [...]. Depois dessa, tornou-se pacífico o uso de tal expressão nas leis ordinárias (Países Baixos, 13 de julho de 1907, na própria França, Código do Trabalho de 1910, etc.).” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 367.

³⁹ “Pode-se falar em omissão de legislação social no Código Civil. Na época da promulgação do Código, já era bastante conhecidas as ideias e as legislações a respeito das condições de trabalho, principalmente na Europa. Orlando Gomes sustenta que o próprio Clóvis Bevilacqua tinha conhecimento das modificações ocorridas no contrato de locação de serviços, caracterizando a omissão como proposital e ideológica.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.pp 68 e 69.

⁴⁰ “Os revolucionários de 1930 traziam novas ideias a respeito das relações de trabalho que ganharam forma jurídica a partir do Decreto nº 193.98 de 12.12.1930, culminando com a CLT (Decreto-lei nº 5452 DE 01.05.1942) o Governo de Getúlio Vargas trazia forte influência fascista servindo como modelo a “Carta del Lavoro” (1927), em especial para o modelo de sindicalismo implantado.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 69.

⁴¹ “Embora no Brasil, realmente, o contrato de trabalho – pela definição da lei – seja um contrato de emprego, em sentido estrito, [...]” RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 1995.p.97.

⁴² “A expressão ‘contrato de trabalho’ designa um gênero muito amplo, que compreende todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra. O contrato, [...], é o contrato de trabalho *strictu sensu*, ou seja, o contrato de trabalho subordinado.” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.232..

⁴³ “Contrato de trabalho *stricto sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de uma outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.241.

Elementos do Contrato de Emprego

O contrato, em geral, é uma espécie de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*)⁴⁵, podendo ser bilateral ou multilateral, necessitando, para a sua formação da manifestação da vontade dos contratantes com a finalidade de adquirir, modificar ou extinguir obrigações, que deve estar alinhada com o ordenamento jurídico⁴⁶.

Para a validade do ato negocial é necessário a existência de seus elementos gerais (capacidade do agente, objeto lícito e possível e o consentimento dos interessados) e particulares (quando o instrumento demanda determinada forma)⁴⁷. Aponta-se que os referidos elementos se encontram determinados no Código Civil, no seu artigo 104⁴⁸. Os elementos do contrato de emprego não diferem dos contratos civis⁴⁹ e dependem do seu preenchimento para a validade da avença⁵⁰.

⁴⁴ “[...] contrato individual de trabalho é o acordo pelo qual uma pessoa natural se compromete a prestar serviços à outra pessoa natural ou jurídica, em seu proveito e sob suas ordens, mediante salário.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 369.

⁴⁵ “O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, [...]. Num contrato as partes contratantes acordem que se devem conduzir de determinado modo, uma em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguido obrigações, ou seja, vínculos jurídicos de caráter patrimonial. [...] Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme à ordem jurídica.” DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo, Saraiva, 1993.p. 8.

⁴⁶ “[...] contrato é o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.” DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo, Saraiva, 1993.p. 9.

⁴⁷ “Seus elementos essenciais serão os imprescindíveis à existência do ato negocial, pois formam sua substância; podem ser gerais, se comuns à generalidade dos negócios jurídicos, dizendo respeito à capacidade do agente, do objeto lícito e possível e ao consentimento dos interessados, e particulares, peculiares a determinadas espécies por serem concernentes à sua forma.” DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo, Saraiva, 1993.p. 11.

⁴⁸ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. (Código de Processo Civil).

⁴⁹ “Os elementos do contrato de emprego são, como em qualquer outro negócio jurídico, a capacidade das partes, a manifestação de vontade e o objeto lícito e possível.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 198.

⁵⁰ “Os elementos do contrato funcionam como barreiras para a sua validade.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 199.

Capacidade:

A capacidade é a competência jurídica da pessoa de adquirir direitos ou obrigações por si^{51 52}. Para tanto a pessoa deve ter inteligência e compreensão dos seus atos⁵³, desta maneira o Código Civil (Art. 1º, 3º e 4º⁵⁴) impõe uma progressão da capacidade, iniciando na incapacidade absoluta, evoluindo para a relativa e culminando na capacidade plena.

A incapacidade absoluta veda a pessoa de executar por si quaisquer atos da vida civil, necessitando da representação para tanto. A capacidade relativa permite a realização de certos atos, mas requer a assistência de seu representante para outros⁵⁵.

Não obstante, sublinha-se que a capacidade civil nem sempre corresponde com a capacidade trabalhista⁵⁶. A distinção se deve a idade em que cessa a incapacidade absoluta, no direito civil ela vigora até os dezesseis anos, enquanto na trabalhista até os catorze anos⁵⁷, porque nesta idade pode-se firmar contrato de trabalho de aprendiz, como disposto no artigo 428 da Consolidação das Leis do

⁵¹ “A capacidade é o conceito, portanto, referente à idoneidade da pessoa para adquirir direitos ou contrair obrigações no universo negocial.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.370.

⁵² “A capacidade é a aptidão que tem a pessoa de exercer por si, independentemente de tutela ou curatela, os atos da vida jurídica (ou civil). FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 386.

⁵³ “Somente as pessoas que dispõem de inteligência e compreensão de que são donas de si podem fazer parte de relações jurídicas.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 200.

⁵⁴“Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.”

⁵⁵ “A incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa que exerce por si os atos da vida civil.para esses atos será necessário que sejam devidamente representadas pelos pais ou representantes legais. A incapacidade relativa permite que o sujeito realize certos atos, em princípio, apenas assistidos pelos pais ou representantes. Trata-se, como se vê, de uma incapacidade limitada.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.139.

⁵⁶ “Nem sempre coincidem, quanto à capacidade, os dispositivos do direito do trabalho com os do direito civil.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 386.

⁵⁷ “Na legislação do trabalho brasileira são absolutamente incapazes de contratar os menores de 14 anos.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 386.

Trabalho⁵⁸. Contudo, a capacidade plena em ambos os ordenamentos é alcançada aos dezoito anos⁵⁹.

Na seara trabalhista, a extensão dos atos abrangidos pela capacidade relativa está balizada no artigo 428, da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁰. Como se extrai do dispositivo legal, é permitido ao menor de 18 anos e maior de 14 anos dar recibo de pagamento de salário. Todavia, é defeso ao menor dar quitação das verbas trabalhistas sem a assistência do seu representante⁶¹.

Anteriormente, na vigência o artigo 446, da Consolidação das Leis do Trabalho, revogada pela Lei n. 7.855/89, as mulheres casadas não detinham capacidade absoluta para contratar⁶². Felizmente, o Direito pátrio evoluiu e atualmente inexistente distinção entre os estados civis, o sexo e a capacidade de contratar⁶³.

No que tange ao empregador, a capacidade deste é regida pelas regras do Código Civil. Logo, o absolutamente incapaz não poderá ser empregador⁶⁴ e o relativamente capaz dependerá da chancela do seu representante.

⁵⁸ “Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

⁵⁹ “Art. 402. Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

⁶⁰ “Art. 439 - É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

⁶¹ “Permite-se ao menor de 18 anos (e, claro com mais de 14 anos) firmar recibo de salário, mas não os de rescisão de contrato de trabalho, sem assistência de seus pais, tutores ou responsáveis.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 387.

⁶² Sobre o assunto ver a obra de Tratado Elementar de Direito do Trabalho de Evaristo de Moraes Filho.

⁶³ “Não há nenhuma restrição ao estado civil, no que tange à capacidade para celebração do contrato de emprego. A antiga regra do art. 446, da CLT, foi revogada, já um pouco tarde, pela Lei n. 7855/89.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 203.

⁶⁴ “Para o empregador, aplica-se a norma do Código Civil. O menor de 16 anos não poderá ser empregador, já que é absolutamente incapaz.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 203.

Manifestação da Vontade

A manifestação da vontade é condição de validade e existência do negócio jurídico⁶⁵. O aparecimento da vontade pode ser expresso ou tácito⁶⁶. A vontade expressa é aquela que se exterioriza pela forma escrita ou verbal⁶⁷, enquanto a vontade tácita emerge do comportamento do agente⁶⁸.

Importa frisar que o silêncio, por si, não corresponde à manifestação de vontade⁶⁹. Para que seja considerado vontade tácita, o silêncio deve estar flanqueado pela lei ou então munido de subsídios que levem a intuir a intenção do contraente dentro do contexto⁷⁰.

Para que o negócio jurídico seja válido, a manifestação da vontade deve ser emanada sem mácula⁷¹. Em outras palavras, não deve incorrer nos vícios de consentimento previstos no Código Civil (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão)⁷².

⁶⁵ “A declaração de vontade é elemento essencial do negócio jurídico. É seu pressuposto. [...] A vontade, sua declaração, além de condição de validade, constitui elemento do próprio conceito e, portanto, da própria existência do negócio jurídico.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.365.

⁶⁶ “Sua exteriorização pode ser de forma verbal ou escrita, ou até por gestos ou atitudes que revelam uma manifestação de vontade.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.366.

⁶⁷ “Quando a vontade é assim exteriorizada, estamos diante de uma manifestação de vontade expressa, que tanto pode ser palavra escrita como pela falada, quer pela expressão da voz, quer pela simples mímica.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.366.

⁶⁸ “Por outro lado, a declaração de vontades pode resultar de comportamento do agente, que expressa à vontade por determinada atitude. Trata-se de manifestação tácita de vontade.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.366.

⁶⁹ “No direito moderno, em que pesem várias correntes, o silêncio é tido, em regra, como fato ambíguo, que por si só não representa manifestação de vontade: quem cala não nega, mas também não afirma.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.368.

⁷⁰ “O puro silêncio só vale se a lei assim o determinar, ou se vier acompanhado de outros fatores externos. A atitude omissiva, pura e simples do destinatário não tem valor algum.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.369.

⁷¹ “Para a validade de qualquer ato jurídico faz-se mister que a vontade do agente seja manifestada ou declarada, sem nenhum vício de consentimento. É preciso que ambas as partes tenham realmente querido a celebração daquele ato, livremente, autonomamente. FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 390.

⁷² “Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

O Direito do Trabalho sofre forte intervenção estatal por força da sua característica protetiva. Desta maneira, os desdouros de vontade possuem uma dimensão diferenciada em relação ao Direito Civil, sendo mais fácil a resolução do contrato de trabalho do que a sua anulação⁷³.

Objeto do Negócio Jurídico:

O objeto do negócio jurídico são os benefícios patrimoniais ou extrapatrimoniais⁷⁴, devendo ser lícito, possível, determinado ou indeterminável, como preceitua o Código Civil⁷⁵. No contrato de trabalho, os objetos são o trabalho e a sua contraprestação, o salário⁷⁶.

O objeto lícito é aquele que não atenta contra a lei⁷⁷; seja por não ser defeso seja por não vulnerá-la. O trabalho ilícito não se confunde como trabalho proibido, aquele importuna a moralidade (v.g. contrato de emprego de crupiê de bingo), enquanto esse é vedado por lei (ex. trabalho escravo)⁷⁸.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. "BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. (Código de Processo Civil).

⁷³ "Os vícios de vontade não têm a mesma dimensão no Direito do Trabalho e no Direito Civil. Em face do elevado grau de intervencionismo estatal na autonomia do contrato de emprego, e considerando também o caráter protetivo do Direito do Trabalho, é muito mais fácil pleitear a resolução do contrato do que a sua anulação." ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 215.

⁷⁴ "As vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais, consistem em coisas ou serviços que interessam aos seres humanos, constituem o objeto de todo o negócio jurídico." ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 224

⁷⁵ "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

[...] II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;" BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. (Código de Processo Civil).

⁷⁶ "O objeto do contrato de trabalho é, de um lado, o trabalho, e, de outro, a respectiva contraprestação, o salário." FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 392.

⁷⁷ "A licitude do objeto é regulada pela forma negativa: atingimos a compreensão d objeto lícito pelo conceito de ilicitude." VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.374.

⁷⁸ "Distingue-se normalmente entre trabalho ilícito e trabalho proibido. A ilicitude do objeto decorre da condição ou natureza intrinsecamente imoral da prestação. A proibição deriva de imperativo legal que impede de contratar sobre determinada matéria." ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 226.

O elemento possibilidade diz respeito ao alcance das forças humanas ou naturais permitirem a realização do avençado⁷⁹. Existem as subdivisões impossibilidade absoluta e relativa, bem como física e jurídica.

A impossibilidade absoluta atinge a todos indistintamente, enquanto a impossibilidade relativa alcança a certas pessoas⁸⁰. A impossibilidade física emana das leis da natureza, enquanto a jurídica da legislação⁸¹.

Além das características elencadas, o objeto deve ser determinado ou determinável. Para o empregado, as funções as quais desempenhará determinam o objeto do contrato⁸². Por sua vez, para o empregador corresponde ao *quantum* pagará pelos trabalhos percebidos.

Por derradeiro, importa anotar o contrato de trabalho é nulo se for: ilícito, imoral ou impossível, quer juridicamente quer fisicamente⁸³. Todavia, se o contrato de trabalho for indeterminado entende-se que o empregado se sujeitou a todo e qualquer serviço, como expresso no artigo 456, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho^{84 85}.

⁷⁹ “O objeto deve ser possível, entendendo-se tudo que estiver dentro das forças humanas ou das forças da natureza.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.374.

⁸⁰ “[...] distinguir impossibilidade absoluta, que a todos, indistintamente, atinge, da impossibilidade relativa, pois o que pode ser impossível para uns pode não ser para todos.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.374.

⁸¹ “A impossibilidade pode emanar de leis físicas ou naturais, bem como de leis jurídicas, tendo-se aí a impossibilidade física e a impossibilidade jurídica.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.374.

⁸² “Além de possível, o objeto deverá ser determinado ou determinável. Com relação ao empregado, a determinação do objeto consiste nas funções que ele virá a desempenhar dentro da empresa.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 225.

⁸³ “É preciso igualmente que o trabalho não seja nem fisicamente impossível, nem imoral, nem ilícito. Se ocorrer o contrário, o contrato de trabalho é nulo de pleno direito, e nem poderão as partes estar em justiça para reclamar sua execução ou os efeitos dele decorrentes.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 393.

⁸⁴ “Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

⁸⁵ “A lei admite certo grau de indeterminação no contrato de emprego, no art. 456, par. Único, da CLT, quando estatui que, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p 225.

Características do Contrato de Trabalho *Strictu Sensu*

O contrato de trabalho subordinado, *prima face*, confunde suas características com os elementos da relação de emprego devido ao imbróglio do dispositivo legal ⁸⁶, recebendo a definição positivada críticas da doutrina, em especial de Orlando Gomes e Barassi⁸⁷, pois nada explica ou delimita. Deste modo, debruça-se sobre os predicados do contrato de trabalho *strictu sensu*.

O contrato de emprego tem por atributo ser: bilateral, consensual, oneroso, pessoal, comutativo, e de trato sucessivo⁸⁸.

A característica da bilateralidade, também denominada de obrigações recíprocas ou sinalagmática⁸⁹, advém da razão de que o contrato de trabalho é um negócio jurídico, e portanto, necessita da manifestação de vontade de ambas as partes, que se obrigam mutuamente, para a sua validade^{90 91}. Outrossim, é bilateral, porque é celebrado apenas entre duas pessoas⁹².

⁸⁶ “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

⁸⁷ “Há, nesta definição, um misto de contratualidade e institucionalismo. Na verdade, girando um círculo vicioso, ela nada esclarece a respeito daquilo que pretende explicar. De todo procedente a crítica que lhe faz Orlando Gomes, com o aplauso de Barassi. O contrato de trabalho seria aquele ‘correspondente a relação de emprego’. O que vem a ser, porém, essa relação? Na conformidade do artigo citado, é a que ‘corresponde’ ao contrato de trabalho. Evidentemente, desta maneira, não se define nem uma nem outra coisa. É a petição de princípio, o *circulus in demonstrando*. Demais, como acentua Barassi, contrato ‘cria’ uma relação jurídica, não ‘corresponde’ a ela.” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.241.

⁸⁸ “O contrato de trabalho é bilateral, consensual, oneroso, comutativo e de trato sucessivo.” MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.p.109.

⁸⁹ “Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento da sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. [...]. Cada contratante tem o direito de exigir o cumprimento do pactuado da outra parte. Sua característica é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca de obrigações. Daí porque muitos preferem a denominação contratos sinalagmáticos.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.404.

⁹⁰ “O contrato de trabalho é um ato jurídico bilateral, que depende da livre manifestação da vontade de ambas as partes interessadas para que sua celebração seja válida e possa surtir todos os efeitos práticos garantidos pela ordem jurídica.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 370.

⁹¹ “O contrato de trabalho também é sinalagmático, pois as partes se obrigam entre si, com a satisfação de prestação recíproca em relação ao outro (art. 1012 do Código Civil francês). Não é o contrato de trabalho sinalagmático em cada prestação, mas no conjunto das prestações.” MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.p.109.

⁹² “É bilateral o contrato de trabalho, por ser celebrado apenas entre duas pessoas, o empregado e o empregador. Não existe a participação de um terceiro na relação.” MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.p.109.

O sinalagma⁹³ deste instrumento corresponde que o empregador é o credor do salário pelo serviço prestado, enquanto o empregado este o é do trabalho daquele⁹⁴. Sublinha-se ainda que, a Constituição Federal determina que o piso salarial deve ser proporcional a complexidade e a extensão do laboro preservando assim a equidade na bilateralidade do contrato⁹⁵.

O laboro prestado demanda uma contraprestação pecuniária (salário) conferindo ao contrato a característica da onerosidade^{96 97}. Vale lembrar que o pagamento do salário é a principal obrigação do empregador⁹⁸, além de estar esculpido na Consolidação das Leis do Trabalho no seu artigo 3º⁹⁹. Deste modo, salário, na concepção jurídica, é a contraprestação pecuniária percebida pelo trabalho prestado em uma relação de emprego¹⁰⁰.

Adentrando a característica da onerosidade, percebe-se que o contrato de emprego é comutativo¹⁰¹, pois os contratantes conhecem antecipadamente suas

⁹³ “um contrato sinalagmático: dele resultam obrigações contrárias e equivalentes.” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.244.

⁹⁴ “Os dois sujeitos do contrato individual de trabalho são o empregador e o empregado. Sendo o contrato de trabalho sinalagmático perfeito ou bilateral, ao direito de um corresponde a obrigação do outro. São credores e devedores entre si, ao mesmo tempo. Se o empregador é credor da prestação de serviço por parte do empregado, este o é, por sua vez, da contraprestação salarial. Devedor é o empregador de salário, e devedor também é o empregado de trabalho.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 375.

⁹⁵ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal 1988.

⁹⁶ “Nos contratos onerosos, pois ambos os contratantes têm direitos e deveres, vantagens e obrigações; a carga ou a responsabilidade contratual está repartida entre eles, embora nem sempre em igual nível. [...] A onerosidade identifica-se primordialmente pela contraprestação que se segue à prestação, pela vantagem que decorre de um sacrifício do contratante.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.416.

⁹⁷ “um contrato oneroso: à prestação de trabalho corresponde a contraprestação de salário.” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.244.

⁹⁸ “A onerosidade é uma característica inafastável decorrente do próprio sentido da liberdade de trabalhar” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p. 149.

^{99 99} “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

¹⁰⁰ Salário, no seu sentido jurídico, é a contraprestação devida a quem põe seu esforço pessoal à disposição de outrem em virtude do vínculo jurídico de emprego.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p. 151.

¹⁰¹ “Essa classificação é uma subdivisão dos contratos onerosos. portanto, os contratos onerosos podem ser comutativos ou aleatórios.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.417.

prestações¹⁰². Não poderia ser de outro modo, porque o traço marcante da relação de emprego é a subordinação e, deste modo, não pode o dirigido (empregado) responder pelos riscos do negócio¹⁰³, esse estado periclitante é inerente ao empregador por colher os frutos da mais-valia¹⁰⁴.

O contrato de trabalho é consensual^{105 106}, ou seja, amorfo. A Consolidação das Leis do Trabalho, no seu artigo 443¹⁰⁷, expressa nitidamente esta característica, pois define que o contrato poderá ser tácito, verbal ou escrito, desta maneira o consenso entre as partes é suficiente para a sua perfectibilização¹⁰⁸. Desta maneira, se preenchidos os requisitos da relação de emprego, conquanto não haja combinação expressa entre as partes, existirá o contrato de emprego tácito¹⁰⁹.

¹⁰² “É comutativo o contrato no qual os contraentes conhecem, *ex radice*, suas respectivas prestações.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.417.

¹⁰³ “[...] E nem poderia ser de outro modo: quem é dirigido, quem não pode trabalhar livremente, conduzir a realização da sua tarefa segundo critérios próprios, não pode, por outro lado, ser responsável pelo mau sucesso da atividade econômica. O risco cabe ao empregador, como autêntica e direta consequência da autoridade, que lhe é inerente. Quem possui o emolumento, possui também o risco: *ubi emolumentum, ibi ônus*.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 374.

¹⁰⁴ “Juridicamente e formalmente falando, sabe o prestador de serviços (empregado) que, mediante o salário, que lhe é pago por esse a quem os sus serviços são prestados (empregador), cessam os seus possíveis direitos sobre o produto do trabalho. Dá-se a nítida dissociação entre o trabalho e a propriedade, aceitas estas condições juridicamente na celebração do contrato, tácito ou expresso.” FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 374.

¹⁰⁵ “Contratos consensuais são os que se perfazem pelo simples consentimento das partes, independentemente de qualquer formal oral ou escrita ou da entrega da coisa.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.403.

¹⁰⁶ “um contrato consensual: a lei, via de regra, não exige forma especial para sua validade: *solus consensus obligat*.” SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.244.

¹⁰⁷ “Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

¹⁰⁸ “Não é o contrato de trabalho um pacto solene, pois independe de quaisquer formalidades, podendo ser ajustado verbalmente ou por escrito *art.443 da CLT). Havendo consenso entre as duas partes, mesmo verbalmente, o contrato de trabalho estará acordado.” MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.p.109.

¹⁰⁹ “Ao contrário do que ocorre em muitos países, abandona-se a forma escrita, sempre mais segura e tranquilizadora, para se admitir, de modo expresso, no seu art 443, *caput*, a celebração do contrato de trabalho por escrito ou verbalmente. Indo além, admite-se que o contrato nasça do ajuste de vontades manifestado tacitamente. Embora na imensa maioria dos casos o contrato de trabalho surja do entendimento expresso entre as partes, pode resultar, também, do simples fato concreto da prestação de serviços, uma vez reunidas as características essenciais ínsitas na definição legal de empregado.” RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 1995.p.94.

Outrossim, por conta do princípio da primazia da realidade do direito do trabalho, contrato que *a priori* não são de emprego se reunidas as condições fáticas passa assim o ser, pois o contrato de trabalho subordinado é um contrato-realidade¹¹⁰. Assegura o princípio da primazia da realidade que as situações fáticas sobrepõem sobre as condições contratuais. Em outras palavras, o que realmente acontece no plano fático subjugua o acordado¹¹¹.

Por força do elemento da pessoalidade da relação de emprego, o contrato de trabalho *stricto sensu* é pessoal, ou seja, *intuitu personae*¹¹², traduzindo-se como a principal obrigação do empregado a de prestar pessoalmente o trabalho ao empregador¹¹³.

Por derradeiro, o contrato de emprego é de trato sucessivo, ou seja, contínuo, por prolongar-se no tempo indeterminadamente^{114 115}.

¹¹⁰ "A existência de uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque, como diz Scelle, a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.

Em razão do exposto é que o contrato de trabalho foi denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta e não aquele acordo que determina sua existência" MOLITOR apud RODRIGUES, Américo Plá.**princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.p.145.

¹¹¹ "O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos." RODRIGUES, Américo Plá.**princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.p.144. FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 227.

¹¹² "Normalmente para o credor, a pessoa do devedor é fungível: desde que haja o adimplemento, qualquer agente pode fazer o pagamento. Contudo, há obrigações e, consequentemente, contratos em que a pessoa do contratado é fundamental. Nesse caso, o contrato é *intuitu personae*."

¹¹³ "Com a sua nota de continuidade, obriga-se o empregado, no contrato de trabalho, a prestar serviços ao empregador, sendo esta sua obrigação de caráter pessoal e principal." VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.433.

¹¹⁴ "[...]. Entende-se por continuidade de serviços a possibilidade que o contrato de trabalho contém em si de se prolongar indefinidamente no tempo colocando o empregado a sua força de trabalho à disposição do empregador de modo contínuo." FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.p. 371.

¹¹⁵ "um contrato sucessivo. A relação jurídica do trabalho é 'uma relação de débito permanente', em que entra, como elemento típico, a continuidade, a duração." SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.244.

3. Princípios Jurídicos

O resultado da construção sistemática dos sentidos dos textos normativos é denominado norma¹¹⁶, sendo a função da Ciência do Direito¹¹⁷ a construção e a reconstrução das acepções¹¹⁸. Evidentemente a construção dos sentidos pelo intérprete não é totalmente livre e autônoma, pois em qualquer linguagem, ordinária ou técnica, já há construído sentidos mínimos do seu uso¹¹⁹ de maneira a possibilitar a comunicação entre seus usuários.

As normas finalísticas, por uma classificação doutrinária¹²⁰, são denominadas princípios¹²¹, enquanto as normas descritivas são designadas como regras¹²².

A função dos princípios é estabelecer fins a serem atingidos¹²³, sendo que os fins possuem como encargo a função diretiva da conduta (*richtungsgebende*

¹¹⁶ Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação, e as normas, no seu resultado. " ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p. 50.

¹¹⁷ "Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados. " ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.52.

¹¹⁸ "Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. " ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.53.

¹¹⁹ "Afirmar que o significado dependendo do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos jogos de linguagem: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdo já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o enquanto hermenêutico: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob o ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. " ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.52.

¹²⁰ "O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete. " ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.55.

¹²¹ "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. " ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.102.

¹²² "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos." ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.102.

Funktion)¹²⁴. Aponta-se que o escopo do princípio pode ser uma situação terminal, a busca por uma situação contínua ou a garantia de um estado¹²⁵..

Por derradeiro, importa anotar que para ser atingida a finalidade deverão os meios serem correlatos com o perseguido por aquele¹²⁶. Em outras palavras, deverão os meios se adequarem ou estarem em consonância com a finalidade almejada, pois se houver dissenso entre meio e fim jamais se alcançará o fito aspirado.

A Evolução da Distinção entre Princípios e Regras.

Na doutrina há uma distinção entre princípios e regras, em especial pelo paradigma daqueles na última década do século XX¹²⁷ e pelas incontáveis funções desempenhadas que impossibilitam uma teoria em sentido único¹²⁸, que evoluiu gradativamente, sendo necessário a delimitação clara deste contorno¹²⁹.

¹²³ “Eles [princípios] são normas imediatamente finalistas. Eles estabelecem um fim a ser atingido” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.103

¹²⁴ “Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.103.

¹²⁵ “Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até um lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão).” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.104.

¹²⁶ “O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos, a progressiva promoção do fim não se realiza.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.104.

¹²⁷ “A última década do século passado é marcada, no campo da meditação sobre o direito, pelo paradigma dos princípios.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p. 42.

¹²⁸ “Os princípios cumprem inúmeras funções dentro do sistema jurídico, razão pela qual não é possível a formulação de uma teoria geral deles, em sentido unívoco [Balaguer Callejón 1997:127].” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p.200

¹²⁹ “[...] Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescrevem fins a serem atingidos, servem de fundamento para aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.43.

Vários são os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, causando reflexos na doutrina¹³⁰.

O primeiro doutrinador de relevância na distinção entre princípios e regras é Josef Esser, e sua obra *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Para Esser, os princípios são normas que orientam a finalidade a ser atingida, enquanto as regras são os fundamentos normativos para as decisões¹³¹.

Cabe anotar que Hans Kelsen, em um capítulo na sua obra *Teoria Geral das Normas*, embora ignorado pela doutrina¹³², critica o posicionamento de Esser sobre os princípios, pois nega relevância jurídica a estes¹³³.

Na mesma esteira, Karl Larenz, nos seus livros *Richtiges Recht e Metododenlehre der Rechtswissenschaft*, concorda com a tese exposta por Esser. Larenz contribui com o tema quando expõe que os princípios são azimutes para a aplicação e interpretação do Direito. Contudo, nega a aplicação dos princípios por entender que carecem de preposição jurídica, ou seja, dispositivo legal que vincule a hipótese com a consequência jurídica¹³⁴. Em outras palavras, os princípios orientam o sistema jurídico, mas necessitam das regras (hipóteses legais) para serem aplicados.

¹³⁰ “Vários são os autores que propuseram definições para as espécies normativas, dentre as quais tiveram grande repercussão doutrinária.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.55.

¹³¹ “Para Jossef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios em relação as regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.55.

¹³² “Essa crítica de Kelsen tem sido geralmente ignorada pelos alotes que se dedicam à análise do tema dos princípios” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p. 165.

¹³³ “Kelsen dedica todo um capítulo da *Teoria Geral das Normas* à crítica da exposição de Esser sobre os princípios, recusando qualquer importância jurídica a eles.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p. 164.

¹³⁴ “Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma *hipótese de incidência* e *consequência jurídica*. [...] O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético para de formulação da prescrição normativa” .ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.56.

O próximo avanço se daria por Claus-Vilhelm Canaris, em sua publicação *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Canaris afasta a ideia de que os princípios não teriam aplicação imediata. Explana o doutrinador que os princípios já possuem conteúdo axiológico exposto e, portanto, dispensam as regras para sua aplicação¹³⁵.

O decisivo contorno¹³⁶ surge do trabalho de Ronald Dworkin na sua obra *The model of rules*, sendo o mais adotado pela doutrina para distinguir princípios e regras¹³⁷. Dworkin introduz a ideia de que as regras são aplicadas na modalidade tudo ou nada (*all-or-nothing*), ou seja, a regra é aplicável (válida) ou não (inválida) na sua hipótese de incidência. Caso haja uma colisão de regras, uma delas é declarada inválida. Quanto aos princípios, estes têm dimensões de peso (*dimension of weight*) e, por conseguinte, no caso de choque o princípio com peso maior sobrepõem-se ao outro sem que este perca a validade^{138 139}.

¹³⁵ “Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.56.

¹³⁶ “Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.56.

¹³⁷ “A doutrina em geral considera – para efeitos de distinguir os princípios das regras – a exposição de Dworkin. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p. 168.

¹³⁸ “Para ele [Dworkin] as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.56.

¹³⁹ “Há em primeiro lugar – segundo ele [Dworkin]-, uma distinção lógica apartando os princípios das regras jurídicas.

As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira – o suporte fático hipotético, o Tatbestand -se verifique em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada.

Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam, automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

[...] Uma segunda distinção, decorrente da primeira, aparta ainda, segundo Dworkin, os princípios das regras jurídicas. É que os princípios possuem uma dimensão que não é a própria das

Leciona Eros Grau que a primeira distinção proposta por Dworkin foi formulada por Jean Boulanger¹⁴⁰.

O derradeiro passo na distinção entre princípios e regras viria de Robert Alexy, que teve como base a tese de Dworkin¹⁴¹. Alexy trará a ideia de que os princípios têm apenas uma dimensão de peso e que também se aplicam a estes o modo tudo ou nada (*Alles-oder-Nichts*) em caso de colisão, mas será o caso concreto que definirá a prevalência¹⁴². Para este jurista, as regras se diferem dos princípios em razão da de que aquelas são ou não cumpridos, enquanto estes podem ser relativizados^{143 144}.

regras jurídicas: a dimensão de peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p. 168 e ss.

¹⁴⁰ “A primeira distinção em que se vale Dworkin para apartar princípios e regras já havia sido anteriormente - em outros termos explicitada – formulada por Jean Boulanger.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p. 174

¹⁴¹ “Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípio.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.57

¹⁴² “Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. [...] Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. [...] É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo *tudo ou nada* (*Alles-oder-Nichts*). Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (*problema do dentro ou fora*), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (*teorema da colisão*).” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.pp.57 e 58

¹⁴³ “Robert Alexy sustenta que o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios está em que estes últimos são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e materiais existentes. Logo, os princípios são mandamentos de otimização, cuja principal característica está no fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e de a medida devida de seu cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em oposição.

As regras, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra é válida, então se há de fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Logo, as regras são determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau, e que toda norma é uma regra ou um princípio.

Nota-se que houve uma evolução pequena entre os primeiros autores (Esser, Larenz e Canaris) e abrupta quanto aos dois últimos (Dworkin e Alexy) no que tange a diferenciação entre princípios e regras¹⁴⁵. Importa anotar que esta evolução da distinção entre princípio e regra permitirá a aplicação do princípio da boa-fé nos sistemas jurídicos sem que haja uma regra específica para sua incidência.

A Distinção entre Princípio Jurídico e Cláusula Geral

No que pese distinta doutrina, como a de Ruy Rosado de Aguiar Jr., considerar não haver diferença entre princípio jurídicos e cláusulas gerais¹⁴⁶. Opta-se por aderir a tese exposta pela doutora Judith Martins- Costa que diverge desta visão da doutrina.

Além disso, ao anotar a circunstância de os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que os conflitos entre princípios se verificam- visto que apenas princípios válidos podem colidir entre si – dentro da dimensão do peso [...].

Um conflito entre regras – diz Alexy- somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula. [...]

Já com a colisão de princípios tudo se passa de modo inteiramente distinto, pois se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, um deles deverá recuar – isto não significando que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo ou que nele se introduza uma cláusula de exceção.

Daí – porque os princípios têm um peso diferente nos casos concretos e o princípio de maior peso é o que prepondera – se os conflitos de regras desenrolam-se na dimensão da validade, a colisão de princípios (e só princípios válidos podem colidir) transcorre fora da dimensão da validade – ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p. 177 e 178.

¹⁴⁴“ A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy- não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações prima facie, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.” ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.pp.58 e 59

¹⁴⁵ “Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Esser ,Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy) entre princípios e regras, [...]ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p. 59

¹⁴⁶ “Desde logo, deve ser advertido que há respeitável doutrina entendendo inexistir distinção entre cláusula geral e princípio.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.315.

Os princípios jurídicos não se confundem com as cláusulas gerais de um sistema jurídico. Esta confusão subsiste em razão de que uma cláusula geral pode remeter a um princípio jurídico e ao valor que este aspira¹⁴⁷.

Todavia, a função dos princípios é estabelecer fins a serem atingidos, enquanto a das cláusulas gerais é flanquear o ingresso dos princípios jurídicos no ordenamento legal¹⁴⁸. Destarte, não se equiparam princípios e cláusulas gerais.

¹⁴⁷ “[...] a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime [...]” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.323.

¹⁴⁸ “É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.274.

4. Do Princípio da Boa-Fé

Compreende-se como sendo o princípio da boa-fé a requisição e a demanda das partes envolvidas de agirem antes, durante e após o contrato, de maneira cooperada, íntegra e ética para atingirem o resultado da avença^{149 150}. Deste modo, na esfera das obrigações, a boa-fé adiciona deveres implícitos, sem suprimir deveres expressos, nos contratos¹⁵¹.

A boa-fé subdivide-se em objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva (Princípio Geral do Direito)¹⁵², também denominada boa-fé-lealdade como aponta a doutrina de Américo Plá Rodriguez¹⁵³, é um dever de agir de acordo com padrões sociais¹⁵⁴, um *standard* jurídico, de honestidade, lealdade e probidade esperado do homem médio¹⁵⁵. Sublinha-se que o modelo de conduta esperado é dinâmico, sendo moldado no caso concreto pela cultura e nível social dos envolvidos¹⁵⁶.

¹⁴⁹ “Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobra-lhes efeitos residuais.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.386.

¹⁵⁰ “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo que visam.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.33.

¹⁵¹ “Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.33.

¹⁵² “Parece desnecessário esclarecer que a boa-fé que deve vigorar como princípio do Direito do Trabalho é a boa-fé-lealdade, ou seja, que se refere a um comportamento e não a uma simples convicção.” RODRIGUEZ, Américo Plá.**princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.p.179.

¹⁵³ “A boa-fé-lealdade se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever.pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos” RODRIGUEZ, Américo Plá.**princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.p.179.

¹⁵⁴ “Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.387.

¹⁵⁵ “Já por boa-fé objetiva [...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade’ “. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.411.

¹⁵⁶ “Por este modelo objetivo de conduta levam-se em considerações os fatores concretos do caso, tais como *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.411.

Por sua vez, a boa-fé subjetiva (estado de consciência do indivíduo), conhecida também como boa-fé-crença¹⁵⁷, diz respeito a crença do indivíduo de estar agindo corretamente^{158 159}. É denominada subjetiva, pois o intérprete ao analisar sua aplicação sempre considerará a intenção, o estado psicológico ou a convicção do sujeito da relação jurídica¹⁶⁰.

Importa anotar que a boa-fé, concebida pelos atuais juristas como um princípio geral de direito, com abrangência suficiente para demandar moral e juridicamente comportamento das partes¹⁶¹, ou seja, que modifica o direito obrigacional, é a boa-fé objetiva¹⁶², pois do ponto de vista jurídico o que interessa é a conduta do sujeito que se coteja com o padrão esperado e não sua subjetividade¹⁶³.

O princípio da boa-fé não possuía previsão expressa no Código Civil brasileiro de 1916¹⁶⁴. Todavia, no Código Civil de 2002, o legislador contemporâneo decidiu

¹⁵⁷ A boa-fé-crença é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízos a ninguém. É o sentido que se empresta quando se fala do possuidor de boa-fé (que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído) ou do cônjuge que contrai um matrimônio putativo (pois ignora o impedimento ou o erro essencial e, em consequência, os efeitos jurídicos se produzem como se o ato fosse válido). RODRIGUEZ, Américo Plá. **princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.p.178 e 179.

¹⁵⁸ “Na boa-fé subjetiva, o manifestante da vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.387.

¹⁵⁹ “Deve-se evitar a confusão entre boa-fé subjetiva (estado de consciência do indivíduo) e boa-fé objetiva (Princípio Geral do Direito). ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.16.

¹⁶⁰ “Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou a íntima convicção.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.411.

¹⁶¹ “Em flagrante contraste com os antigos juristas que somente admitiam os efeitos da boa-fé nos casos em que o ordenamento jurídico, de maneira expressa e literal, a ela aludia, é vista agora como um princípio geral, informante da totalidade da regulamentação, com características de postulado moral e jurídico” RODRIGUEZ, Américo Plá. **princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.p.177.

¹⁶² “[...] a boa-fé acima referida, que ‘subverte’ e transforma o direito obrigacional clássico, é a boa-fé objetiva [...]” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.410.

¹⁶³ “Do ponto de vista jurídico se analisa a conduta do sujeito, para comprovar se a atitude assumida e invocada coincide com os valores vigentes na comunidade.” RODRIGUEZ, Américo Plá. **princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.p.179.

¹⁶⁴ “O princípio da boa-fé, no Código Civil brasileiro [de 1916], não foi consagrado, e, artigo expresse, como regra geral, ao contrário do Código Civil alemão.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.33.

imprimi-la no seu artigo 422¹⁶⁵, como cláusula geral dos contratos¹⁶⁶. Na Consolidação das Leis do Trabalho, principal legislação trabalhista no Brasil, o princípio da boa-fé encontrasse expresso em uma breve passagem em que se trata das Comissões de Representantes dos Empregados¹⁶⁷. Contudo, o Direito do Trabalho brasileiro, por meio do artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶⁸, permite importar o princípio da boa-fé como Princípio Geral de Direito¹⁶⁹.

Gize-se que quando inexistia no ordenamento jurídico brasileiro a cláusula geral da boa-fé, o princípio da boa-fé desempenhava esta função como princípio inexpresso¹⁷⁰. Embora a inexpressão legislativa, o princípio da boa-fé está sempre presente nos sistemas jurídicos por força de sua função fundamental¹⁷¹.

A boa-fé, quando assume o papel de cláusula geral e dirigida ao magistrado, assume dupla função. A primeira diz respeito a função individualizadora, levando-o ao direito do caso, e o segundo encargo versa sobre a formação de instituições para responder aos novos fatos, exercendo o controle corretivo, ou enriquecendo a

¹⁶⁵ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. (Código de Processo Civil).

¹⁶⁶ “Essa disposição constitui modalidade que a doutrina convencionou denominar cláusula geral.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.387.

¹⁶⁷ Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...] II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

¹⁶⁸ “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.” BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

¹⁶⁹ “Não há, contudo, regra expressa de sua aplicabilidade, embora o art. 8º da CLT funcione como cláusula geral e permita a entrada, dentro do sistema de normas trabalhistas, de princípios do Direito do trabalho e de Princípios Gerais de Direito.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.19.

¹⁷⁰ “Pode-se-ia argumentar que similar função poderia ser desempenhada pelo princípio da boa-fé, ainda que não inserido em cláusula geral, mas como princípio inexpresso legislativamente, como no direito das obrigações brasileiro.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.374.

¹⁷¹ “[...] o princípio da boa-fé é fundamental ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa.” BARACART, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.p. 50

relação obrigacional, ou negativo em colisão com o direito postulado pela parte adversa¹⁷².

A Evolução da Boa-Fé no Direito

A ideia de boa-fé no direito civil ocidental tem origem, tanto linguística quanto conceitual, na *fides* do ordenamento jurídico romano¹⁷³, estando gravada na Lei das Doze Tábuas, *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (seja maldito o patrono que fraudar seu cliente)¹⁷⁴. Todavia, há estudos, como o do historiador Paolo Frezza, que indicam que sua origem remonta à fundação de Roma¹⁷⁵, ou seja, em período anterior a esta legislação. Não obstante, a ideia contemporânea de boa-fé não pode ter seu berço restrito ao direito romano, pois recebeu substanciais contribuições do direito canônico e do direito germânico¹⁷⁶.

Para os romanos a ideia da *fides* era aplicada nas relações internas (entre os próprios romanos) e nas interações externas (entre Roma e outros povos)¹⁷⁷. Internamente, traduzia-se como deveres de lealdade e obediência de certas pessoas

¹⁷² “A análise comparativa demonstra que a cláusula geral da boa-fé, endereçada ao juiz e por ele adequadamente utilizada, tem, primeiramente função individualizadora, conduzindo ao ‘direito do caso.’ Secundariamente, permite a formação de instituições ‘para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte’.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.343.

¹⁷³ “A *fides* romana constitui a base linguística e conceptual da boa fé no Direito Civil português.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.53.

¹⁷⁴ “A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze tábuas a norma a qual o *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.111.

¹⁷⁵ “Contudo, os historiadores indicam a sua maior ancianidade, uma vez que a mesma norma estaria ligada, segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.111.

¹⁷⁶ “Não era desconhecida na Europa do século XVI a *bona fides* romana. Contudo, na Idade Média, e principalmente após a Recepção, havia o instituto romano sofrido um processo de subjetivação, consequência, entre outros fatores, do papel secundário que merecera na codificação justinianéia, e de já um certo contágio com a boa-fé canônica.para compreender o tratamento que os humanistas deram à boa-fé é necessário um breve recuo no tempo, visualizando-se as conotações e as funções que lhe foram emprestadas no direito romano, no antigo direito germânico e no direito canônico.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.110.

¹⁷⁷ “A *fides* é a projeção de aplicações concretas prévias. Tais aplicações situam-se, porém, em duas áreas na aparência diferentes: nas relações internas, próprias da cidade e dos seus habitantes e nas relações externas, da cidade com outros povos.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.59.

para outras em troca de proteção¹⁷⁸, enquanto externamente significasse a submissão à Roma¹⁷⁹.

Com a criação da Ciência do Direito no último século antes de Cristo¹⁸⁰, a *fides* recebeu o adjetivo *bona* e passou-se a *fides bona*¹⁸¹, recebendo a palavra *fides* o sentido que conhecemos de fé por influência do Cristianismo¹⁸², e posteriormente mudou sua denominação para *bona fides*¹⁸³. A *bona fides iudiciaria*, mesclada¹⁸⁴, com a ideia importada da *aequitas* do direito grego¹⁸⁵, aportou grande trunfo para a evolução do sistema jurídico romano¹⁸⁶ na medida que permitiu aos magistrados

¹⁷⁸ “Implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de lealdade e obediência perante outras, em troca de proteção.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.59.

¹⁷⁹ “A *fides*, ou mais precisamente, a sua expressão prática através da *deditio in fidem*, implicava, nesta fase segundo Heuss: 1) Uma posição em tudo semelhantes à da conquista armada, pura e simples; 2) E não um tratado, no sentido de um pacto livremente celebrado; 3) A falta de alternativas à sua celebração; 4) Consequências puramente negativas, no sentido de anular a personalidade jurídica do Estado vencido, sujeitando-o, em tudo, ao poder do vencedor – Roma.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.65.

¹⁸⁰ “Quando, no último século antes de Cristo, se iniciou o reagrupamento e ordenação das soluções esparsas de litígios civis, num esforço em que seria fundada a Ciência do Direito, a *fides* estava vocaciona e disponível para dar cobertura a novidades jurídicas.

O fôlego significativo que lhe faltava podia ser facilmente insuflado pela adjunção do adjetivo *bona*.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.70.

¹⁸¹ “[...] A *fides bona* é o exemplo. A transição da *fides* descaracterizada, para uma expressão técnica verdadeira, com todas suas implicações é, de certo, artificial, no sentido de obra humana voluntária. E foi uma criação hábil: escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, assacadas por convenção, com máximo de utilidades para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* – isto é, algo ligado a ‘poder’, ‘confiança’, ‘garantia’, ‘respeito’ e com uma áurea mística – e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.101.

¹⁸² “Com a criação e sucesso da *fides bona*, a *fides*, mantendo sempre as suas conotações afetivas, ficou novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente e que se mantém: fé.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.70.

¹⁸³ “Da *fides* passou-se a *fides bona* e a *bona fides*.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.71.

¹⁸⁴ “[...] a *bona fides* não se transmuda para outro setor, mas no próprio interior do direito das obrigações, mescla-se com a ‘aequitas’, comando de interpretação dirigido ao juiz, refletindo então, a conotação de ‘justiça concreta’ que viria modernamente, a qualificar uma das acepções do princípio da boa-fé.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.124.

¹⁸⁵ De origem grega, a *aequitas* é recebida de dois modos: como fórmula de decisão não pelo Direito, mas pelo sentimento do juiz, e como fórmula de interpretação ou como princípio de justiça.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.25.

¹⁸⁶ “O sistema jurídico romano tinha base processual: assentava não no reconhecimento abstrato de posições subjetivas, mas na atribuição concreta de ações. Houve, nesse campo, uma evolução duplamente milenária em cujo decurso irromperia, a dado passo a *fides*. E com consequências bem maiores do que as indiciadas pelo já em si largo desenvolvimento concedido, atualmente, à boa fé”. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.71.

romperem com o formalismo processual que o sistema lhes impunha possibilitando a eficácia e a justiça das decisões¹⁸⁷¹⁸⁸. Esta ideia foi suplantada pela leitura oferecida pela cultura germânica até ser retomada no século XX¹⁸⁹.

A boa-fé germânica ¹⁹⁰ é formada pela fórmula *Treu* (lealdade) *und* (e) *Glauben* (crença, fé) estando ligadas aos juramentos de honra¹⁹¹ e a qualidades humanas objetivas, em contraste com a concepção da *bona fides* romana que impõe a ideia de fidelidade ao pactuado¹⁹². Emerge, portanto, a boa-fé objetiva pautada nos ideais cavaleirescos de ética¹⁹³, impondo regra de comportamento social¹⁹⁴. Os novos significados trazidos pelo direito germânico posteriormente influenciariam o

¹⁸⁷ “Em linhas gerais, as *bona fides iudicia* permitiam ao juiz, através de alguns expedientes, ir até a substância das questões, libertando-se de certos formalismos e, com isso, garantindo a eficácia e justiça das decisões.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.24.

¹⁸⁸ “Configura-se, assim, a boa-fé como um expediente técnico preciso, que permitia ao juiz decidir certos casos tendo em conta não apenas a ocorrência do fato central apresentado pela parte, mas ainda, outros fatos ligados ao litígio. Boa-fé em sentido objetivo, portanto, expurgadas da conotação moral que poderia avir de uma significação filosófica do termo.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.122.

¹⁸⁹ “A esta leitura sobrepaiou um viés que será apenas no século XX retomado – o oferecido pela cultura germânica.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.124.

¹⁹⁰ “A boa-fé germânica (*Treu und Glauben*), embora possa ser comparada à *bona fides* romana, parece estar mais ligada aos juramentos de honra, traduzindo no dever de garantir a manutenção da palavra dada.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.26.

¹⁹¹ “[...] a boa fé germânica relaciona-se com o juramento de honra. [...] a boa fé assumiria o conteúdo dos juramentos de honra, traduzindo no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p.173.

¹⁹² “ A fórmula *Treu und Glauben* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcaram no direito romano: ao invés de denotar a ideia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (*Treu ou Treue*) e crença (*Glauben ou Glaube*), as quais se reportam a qualidade ou estados humanos objetivados.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.124.

¹⁹³ “[...] os ideais cavaleirescos englobados no juramento de honra prendem-se, no direito, a uma questão ética: a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, garantia esta, contudo, não vinculada a uma perspectiva subjetivista – o olhar sobre a pessoa do garante -, mas a uma perspectiva objetiva, ligada à confiança geral estabelecida a nível de comportamento coletivo, uma vez que a atitude cortês sempre implica uma reciprocidade de deveres.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.pp.125 e 126.

¹⁹⁴ “Nesta linha evolutiva, a boa fé germânica traduziria, ainda a confiança ou crédito cristalizado em certa pessoa, evoluindo, depois, para a segurança geral, inspirada nessa confiança, estabelecida a nível de comunidade jurídica, e por osmose, para a regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento dessa confiança.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.pp.173 e 174.

sistema jurídico francês¹⁹⁵, que foi espalhado pela Europa continental por Napoleão Bonaparte e influenciou diversos outros sistemas jurídicos.

O direito canônico, por sua vez, aborda a boa-fé em dois setores: na prescrição e na legitimação dos *nuda pacta*¹⁹⁶. Introduz o sistema clerical a concepção de boa-fé como contraposto da má-fé¹⁹⁷, ou seja, imaculada¹⁹⁸. Outrossim é o direito eclesiástico que faz emergir a boa-fé como princípio geral de direito obrigacional que será retomada no século XX¹⁹⁹.

No final da Idade Média e início da Moderna quando floresce o Humanismo, movimento que coloca o homem no centro do universo e tem a antiguidade como modelo, retoma o direito romano e afasta o clerical²⁰⁰. Nesta retomada, os humanistas laboraram sobre o sistema jurídico romano, destacam-se os trabalhos de Cujaccius que sistematizou o *Corpus Juris* tentando recuperar os sentidos para a *bona fides*²⁰¹ e o de Donellus que agregou na boa-fé contratual a criação de deveres

¹⁹⁵ “Por esta via, o direito germânico propôs significados diversos daqueles atribuíveis à *bona fides* clássica, o que teria consequências duradouras no conceito que lhe seria posteriormente conotado nos sistemas jurídicos situados na órbita do direito francês.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 127.

¹⁹⁶ “O direito canônico trata de boa-fé em dois setores, quais sejam na prescrição e na legitimação *nuda pacta*.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 128.

¹⁹⁷ “[...] o direito canônico introduz um poderoso polo de significados – a boa-fé é vista como ‘a ausência de pecado’, vale dizer, como estado contraposto à má-fé.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 129.

¹⁹⁸ “Apenas é possível entender que, para o cristianismo, a boa-fé, se aproxima da ausência de pecado, podendo também confundir-se com o sentido da *aequitas*.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.26.

¹⁹⁹ “Nesta ambiência, as agora travestidas categorias do direito romano e as dimensões axiológicas do direito canônico, amalgamadas pela cultura do humanismo, proporcionaram o rumo da especial significação atribuída à boa-fé como princípio geral ordenador da matéria obrigacional, lançando as bases do edifício que, retomado no jusracionalismo, só estará completo nos albores do século XX. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 131.

²⁰⁰ “O Humanismo, que floresce no final da Idade Média e na Idade Moderna, tem, no Direito, a característica da recepção do direito romano.propõe o homem como centro do universo e a antiguidade como modelo. Há um afastamento do material escolástico e uma busca direta das fontes.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.26.

²⁰¹ “A contribuição de Cujaccius, [...], está na tentativa de sistematizar os *Corpus Juris* mediante a recuperação dos vários sentidos atribuídos à *bona fides* na compilação justinianéia, inclusive o da boa-fé nos contratos, onde ela havia ingressado de maneira diluída e subjetivada.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 132.

positivos e negativos, bem como retirou da boa-fé possessória o caráter subjetivo, impondo o comportamento correto, sem dolo, como influxo do direito canônico²⁰².

É o trabalho de remodelagem da *bonae fidei iudicia* de Donellus que concede a boa-fé uma evolução secular²⁰³, unificando e explicitando as ideias da boa-fé possessória e da boa-fé contratual concedendo a boa-fé uma ideia unitária, entendida como princípio geral do Direito²⁰⁴.

O *Code Civil des Français*, popularmente conhecido como *Code Napoléon*, é a primeira codificação moderna e reflete os interesses da nova classe dominante, a burguesia²⁰⁵. Em conjunto com o código revolucionário emerge uma nova hermenêutica jurídica, a Escola da Exegese que suplantou a escola jusnaturalista do movimento Humanista após a reforma do ensino superior do curso de direito²⁰⁶.

A Escola da Exegese é uma corrente de hermenêutica jurídica²⁰⁷ que baliza de modo mecânico e passivo a interpretação do código²⁰⁸. As razões

²⁰² “Dollus [...] retira da boa-fé possessória o caráter de mero dado subjetivo, como ocorria no direito romano, para, refletindo as concepções do direito canônico, afirmar que implica também o comportamento correto, com ausência de dolo. No âmbito dos contratos confere-lhe duas características: a criação de deveres positivos, obrigando a que se preste à parte o que é equo, e de deveres negativos adstringindo o agir contratual à abstenção de dolo, de fraude e de coação.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 132.

²⁰³ “Donellus avançou mais de três séculos no futuro. O seu pensamento, na área da boa fé. E no entretanto, ele iniciou a História moderna da boa fé, sem outro recurso que não o da tradição romanística.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 200.

²⁰⁴ “Donellus quebrou, pela primeira vez, [...], a ideia de boa fé possessória como puro fator psicológico: deu-lhe uma dimensão normativa, explicitando o seu conteúdo. Também a boa fé contratual – recuperando-se, pois, para esse âmbito, os velhos *bonae fidei iudicia* – é remodelada, sendo-lhe atribuído um conteúdo, muito bem definido, semelhante ao da boa fé, possessória. Deu, assim, de boa fé, uma ideia unitária, como princípio geral do Direito.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 199.

²⁰⁵ “A primeira codificação – Código de Napoleão – representa o auge de uma forma de pensar a sociedade e, em consequência, o Direito. Está inserida num contexto histórico evolutivo, no qual uma nova classe (burguesia) é alcançada ao poder e busca uma nova ordem segundo seus interesses.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.27.

²⁰⁶ “Um último – embora não menos importante – motivo é de natureza política. É representado pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito (as velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas Escolas centrais por obra da República, transformadas posteriormente sob o Império em Escolas de Direito e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas), a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis, ou perigosas, ao olhos do governo napoleônico que, não esqueçamos, era nitidamente autoritário).” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.pp. 80 e 81.

²⁰⁷ “Os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procura-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos.

para adoção pelos juristas francêss de um método de interpretação rígido, mecânico e passivo da legislação, possui raízes no pensamento iluminista que irradiava na França pós revolução. Por assim ser, a burguesia fundou um sistema legal fechado, em oposição o do *ancient regime* que permitia uma arbitrária interpretação das questões em favor dos interesses da monarquia^{209 210}

211 212

Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática. “Ferraz Junior, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo : Atlas, 2003.p.286.

²⁰⁸ “Isto acontece efetivamente na França com a escola da exegese, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código. ” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.p.78

²⁰⁹ As razões históricas da teoria da plenitude lógica do direito, nos termos em que foi adotada pela Escola da Exegese, remontam às concepções iluministas ainda muito presentes no pensamento ocidental, àquele tempo, em especial na França, por motivos óbvios. A nova ordem fundada nos ideais da classe burguesa depositou no sistema rígido dos códigos toda a sua necessidade de certeza e segurança jurídica. Os códigos eram, então, considerados a transcrição humana das leis que se encontram na natureza – o repositório do direito natural –, sendo, por isso mesmo, tidos como perfeitos e a única fonte do direito. Tudo, acreditava-se, havia sido colocado nos códigos. Não era, portanto, necessário, e muito menos permitido, que se buscasse as soluções em outra fonte que não fosse a lei escrita. LIMA. Iara Menezes. **A Escola da Exegese**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, volume 97, 2015. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53> . Acessado em 30 de julho de 2016.

²¹⁰ “Os juristas do século XVIII já negavam aos juízes o poder de interpretar a lei, a fim de evitar o arbítrio dos magistrados, devido à organização política, estruturada sob o absolutismo monárquico, sem a divisão de poderes. Com a Revolução Francesa, o princípio da divisão dos poderes foi consagrado. O Poder Legislativo passou a ser o único constitucionalmente capacitado a fazer leis. Desse modo, para os adeptos da Escola da Exegese, a lei só poderia ser interpretada através de seus textos, segundo a vontade do legislador. Se o Poder Judiciário modificasse a vontade do legislador estaria exorbitando seu poder e entrando na área de competência do Legislativo.” [SEGANFREDDO apud LIMA] LIMA. Iara Menezes. **A Escola da Exegese**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, volume 97, 2015. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53> . Acessado em 30 de julho de 2016.

²¹¹ “FRANÇOIS LAURENT publicou, no período compreendido entre 1869 a 1879, os seus *Principes de Droit Civil*, obra com 33 volumes. Referida obra contribuiu significativamente para a propagação da Escola da Exegese na Bélgica¹¹, sendo, também, muito estudada em outros países, inclusive a França. Logo no prefácio, o autor expõe a sua concepção do direito, esclarecendo que, para ele, “o direito é uma ciência racional”, sendo que o juiz não pode “desobedecer à letra da lei sob o pretexto de penetrar no seu espírito”, acrescentando que “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, pois o direito está feito. Acabou a incerteza: o direito está escrito nos textos autênticos.”. LIMA. Iara Menezes. **A Escola da Exegese**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, volume 97, 2015. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53> . Acessado em 30 de julho de 2016.

²¹² “Para a Escola da Exegese, a solução jurídica está no texto da lei, cabendo ao Juiz o trabalho quase mecânico de estabelecer o seu significado segundo a linguagem jurídica corrente e aplicá-lo ao caso. Recentemente, eminente jurista e magistrado brasileiro repetia a história italiana de que ao Juiz interessa o texto, não a testa. É o modelo napoleônico, que se deve ao receio de os Juízes continuarem decidindo de acordo com os interesses do antigo regime, em desatenção aos da burguesia vencedora, manifestados pelo parlamento na lei. Essa posição é não só da Escola da Exegese, mas de todas as correntes que sustentam caber ao Juiz a descoberta e a revelação do conteúdo da norma, inclusive valorativo (jurisprudência de interesses, jurisprudência de conceitos),

Por conta da inflexibilidade do pensamento jurídico imposto pela Escola da Exegese o princípio da boa-fé não se desenvolve neste período²¹³.

Na Alemanha, a codificação tardia e as doutrinas jurídicas diversas permitem o desenvolvimento do raciocínio jurídico distinto²¹⁴ e em contraste da experiência francesa²¹⁵. A boa-fé no direito alemão tem substrato nas práticas comerciais²¹⁶ mesclada com os ideais da Cavalaria medieval²¹⁷.

O *Bürgerliches Gesetzbuch*, o código civil alemão, também conhecido na doutrina brasileira com BGB, seguindo a escola pandectista, tem em sua estrutura

que seriam objetos existentes per se, conhecíveis igualmente por todos os Juízes. A persistência dessa idéia também se deve a um fator mítico, que tem três faces: convém aos que elaboram a lei e impõem a sua vontade dentro do Estado, fazer crer aos cidadãos ser ela emanção da justiça e sua aplicação neutra e igual para todos (contestou Martin Fierro: a lei é como a chuva, não cai parelha); o indivíduo tem necessidade de sentir-se seguro quanto às conseqüências futuras de sua conduta, acreditando que a regra geral, igualmente apreensível por todos, será também aplicada ao seu caso; o julgador tranquiliza seu espírito ao convencer-se de que está apenas fazendo incidir a vontade da lei, para a qual ele não contribui senão com sua participação intelectual meramente operativa.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Interpretação**. AJURIS, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar.1989.

²¹³ “O fato de a escola da exegese não permitir o desenvolvimento do princípio da boa-fé, em seu caráter objetivo, é perfeitamente compreensível já que o exagerado apego à lei e ao individualismo jurídico, acumulado com o intenso primado da autonomia da vontade, não permite maior atividade criada do juiz.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p.27.

²¹⁴ “A codificação alemã, mais jovem, por quase um século, em relação à francesa, foi precedida de uma diversa bagagem doutrinária, e de um diverso modo de formulação do raciocínio jurídico.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 207.

²¹⁵ “Um modelo diverso de formalismo foi cunhado pela ciência jurídica alemã no século passado. os dados de base que conformam tal modelo explicarão os nexos de continuidade possível de serem tracejados entre o pensamento jusracionalista, o historicismo de Savigny, a pandectística e a jurisprudência dos conceitos, ou o positivismo formalista, são, portanto, aí também diversos daqueles que conformam a noção de sistema na cultura jurídica francesa.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 211.

²¹⁶ “Por igual, a boa-fé no direito das obrigações não parte, na Alemanha, nem da doutrina nem do Código, mas da prática comercial.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 207.

²¹⁷ “Paralelamente, contudo, encontrou a boa-fé germânica – aquela gerada nos ideais da Cavalaria como impulsionadora de um feixe de deveres de conduta frente ao *alter*, ou a comunidade – importantes ecos no substrato cultural, que, mesmo à margem de toda teorização, se revelou na prática dos tribunais comerciais, em especial no transcorrer dos oitocentos, [...]” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 208.

uma Parte Geral que vigora em todo o sistema²¹⁸, assegurando a unidade do código²¹⁹. Nesta Parte Geral está gravada, no § 242, a cláusula geral da boa-fé.

As cláusulas gerais são responsáveis por permitir o ingresso no ordenamento jurídico de princípios valorativos e de padrões de comportamento de uma determinada sociedade²²⁰, permitindo uma flexibilização e atualização contínua do Direito com a evolução social. A contribuição do sistema jurídico alemão, por meio das cláusulas gerais, foi resgatar a construção e o desenvolvimento da liberdade de interpretação e aplicação do direito, livrando-o novamente do rigor a forma imposta pela lei²²¹, garantindo, como para os magistrados romanos, uma aplicação mais justa da lei²²².

A Incidência da Boa-Fé no Processo Obrigacional

Contemporaneamente, concebesse o vínculo jurídico como uma ordem de cooperação entre as partes²²³, não existindo mais posições antagônicas, o que

²¹⁸ “A distinção mais relevante, contudo, diz com a estrutura do BGB, a qual importará em uma diversa metodologia. É que o Código Civil alemão contempla uma ‘Parte Geral’, na qual os conceitos que devem vigorar em todo o direito.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 235.

²¹⁹ “A importância da Parte Geral está em que assegura a unidade do código, permitindo que o direito – seguindo a tradição pandectista – seja construído de forma centralizada através da dedução lógica entre os conceitos gerais ali postos e os casos ou espécies tratados na Parte Especial, de maneira que, para além do seu indiscutível valor técnico, esta estrutura ainda se põe, como uma metáfora expressiva de toda uma concepção de sistema.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 235.

²²⁰ “É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilização a sua sistematização no ordenamento positivo.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 274.

²²¹ “Vista a lei não como limite, mas como ponto de partida para a criação e o desenvolvimento do direito, manifesta-se a utilidade das cláusulas gerais: esta reside na circunstância de ter autorizado aos juízes alemães o uso de ideias éticas – boa-fé e bons costumes- [...]” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 292.

²²² “A atividade criadora dos magistrados romanos, [...], valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.

Modernamente, fato similar com as chamadas cláusulas gerais que consagram o princípio da boa-fé, como o §242 do BGB.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.32.

²²³ “A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.19.

permite olhar a relação obrigacional como um todo²²⁴. A partir deste viés é possível constatar a dinamicidade da relação obrigacional, pois se compreende como um sistema de processos²²⁵ que abrange todos os direitos e deveres, inclusive os formativos²²⁶, se expandindo para além do cumprimento da obrigação principal^{227 228} e tendo por escopo o adimplemento do dever primário²²⁹. Em outras palavras, o vínculo obrigacional é composto por um dever principal e de deveres secundárias que se desenvolvem para o cumprimento daquele sem olvidar-se destes.

Nesta nova óptica sobre o direito das obrigações, a boa-fé se consolidará como novo paradigma deste direito, em detrimento da vontade humana (individual, privada ou legislativa) que imperou²³⁰ agregando a obrigação principal os deveres secundários, outrossim denominados anexos ou instrumentais²³¹. Estes deveres coadjuvantes, estão presentes em todas as fases da relação obrigacional²³²,

²²⁴ “Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.19.

²²⁵ “Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.17.

²²⁶ “A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo [...]. *Lato sensu*, abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.19.

²²⁷ “[...] a particularidade mais importante de alguma das obrigações anexas é a de ainda perdurarem, mesmo depois do adimplemento da obrigação principal, de modo que, quando se diz que o adimplemento extingue a relação jurídica, se deve entender que se extingue um crédito determinado.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.92.

²²⁸ “Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.20.

²²⁹ “O vínculo obrigacional deve ser encarado como uma totalidade, ou como um processo, desdobrado na direção do adimplemento, na busca da satisfação do interesse do credor. Na análise do vínculo obrigacional está, portanto, um núcleo principal, ou seja, o dever primário de prestação, cercado de uma série de deveres acessórios ou secundários.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.pp. 31 e 32.

²³⁰ “A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 394.

²³¹ “Categoria mais importante é a dos deveres secundários, como resultado da incidência do princípio da boa-fé. [...]. Os deveres que nascem dessa incidência são denominados secundários, anexos ou instrumentais. Correspondem ao termo germânico *Nebenpflichten*.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.91.

²³² “Estes [os deveres] não derivam de ato voluntarístico nem de norma legislativa punctual, mas dos princípios da função social e da boa-fé, sempre presente a finalidade objetiva do contrato, podendo-se apresentar antes mesmo da conclusão do negócio (o que explica, por exemplo, o dever de informar no período pré-contratual) ou até após finda a relação, como é o caso da chamada

consistem em indicações, atos de proteção, de cooperação, de assistência, de informação, entre outros²³³.

Nos contratos de emprego, em que as obrigações principais são o prestar trabalho (empregado) e o de pagar (empregador), as obrigações anexas são, por exemplo: fornecer os equipamentos de proteção individual (empregador), zelar pelos materiais (empregado), sigilo (empregado), cooperação (ambos), auxílio (ambos), confiança (ambos), entre outros²³⁴.

Constanda a inexecução faltosa da obrigação, seja principal seja acessória, por um dos contratantes²³⁵ no contrato de trabalho ocorre a resolução. Quando a denúncia do contrato é feita pelo empregador, denomina-se dispensa, ou despedida, por justa causa²³⁶ e quando feita pelo empregado chama-se, incorretamente, pois não há nulidade no contrato, rescisão indireta²³⁷. Se por ventura o deslustre ocorrer nas fases pré-contratual ou pós-contratual, poderá o prejudicado pleitear indenização pelos danos sofridos do agressor que rompeu o vínculo²³⁸.

responsabilidade pós-contratual, ou *culpa post pactum finitum*.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 403.

²³³ “Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência.” SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.93.

²³⁴ “Do mesmo modo no contrato de emprego onde as obrigações principais são trabalho (empregado) e salário (empregador). Em torno delas, e considerando o trato sucessivo das prestações estariam obrigações acessórias como informações e esclarecimentos sobre a função a ser desempenhada, impossibilidade de concorrência desleal, deveres de cooperação e auxílio, entre outros.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p. 32.

²³⁵ “Assim pode ocorrer a dissolução do contrato de trabalho, em virtude de pacto comissório, quando empregado ou empregador não cumprem as respectivas obrigações. “SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.p.562.

²³⁶ “O empregador poderá dispensar o empregado que comete falta grave, ou seja, com justa causa. A justa causa vem a ser o procedimento incorreto do empregado, tipificado na lei, que dá ensejo à ruptura do vínculo empregatício.” MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.p.396.

²³⁷ “A rescisão indireta ou dispensa indireta é a forma de cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado em virtude de justa causa praticada pelo empregador [...]. “MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.p.416.

²³⁸ “Uma vez aplicado o princípio, haverá punição para o rompimento culposo das negociações, protegendo os sujeitos da defraudação da confiança. Nota-se que uma parte, envolvida em negociações contratuais que supõe idônea e tendentes à concretização, pode empreender várias providências necessárias à ela, gerando, por exemplo, gastos extraordinários ou obrigações com terceiros, em decorrência do futuro vínculo. Em caso de rompimento unilateral culposo da outra parte, esta pode pleitear o ressarcimento de suas despesas, como uma forma de compensar o prejuízo

A boa-fé na fase pré-contratual

A ideia de *culpa in contrahendo*, também conhecida pelas nomenclaturas responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade pré-negocial²³⁹, emerge da tese de Rudolpf Von Jhering no livro *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* em 1861²⁴⁰. Notou Jhering que o Direito romano possui a lacuna – da responsabilidade pré-negocial- e decidiu supri-la²⁴¹.

A responsabilidade pré-contratual está localizada no momento anterior a vinculação contratual, ou seja, nas fases das tratativas. Conquanto inexistir neste momento contrato, se presentes os elementos da proposta e da aceitação, haverá vinculação obrigacional e, por conseguinte, responsabilidade²⁴². Na seara dos contratos de emprego o tratamento não é diverso²⁴³.

A jurisprudência do egrégio Tribunal Superior do Trabalho, corte de cúpula no sistema judiciário brasileiro, registra o enfrentamento desta matéria. Exemplo é o caso Rio Branco Alimentos S.A. X Lucirene Dias²⁴⁴.

advindo do rompimento da negociação.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p. 33.

²³⁹ “[...] a responsabilidade pré-negocial, também dita pré-contratual, a qual constitui a atuação contemporânea da *culpa in contrahendo*.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 472.

²⁴⁰ “A *culpa in contrahendo* veio à luz em 1861, mercê de uma investida realizada por Rudolpf Von Jhering.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 528 .

²⁴¹ “Havendo, a este propósito, uma lacuna no Direito romano propõe-se integrá-la. Mediante a análise de fontes especialmente selecionadas, Jhering isola, na compra e venda romana, a hipótese da conjunção que segue: a conclusão exterior de um contrato, a nulidade do mesmo, uma falha do vendedor, i. é, a ausência de uma qualidade que ele deveria contratualmente garantir, o desconhecimento, por parte do comprador, dessa falha e uma ação contratual de indenização.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 529.

²⁴² “O seu espaço é o do ‘ainda-não-contrato’, o da inexistência, ainda, de vínculo contratual, o espaço ‘trato’.por isso não ocorre vinculação contratual, mas pode haver – se reunidas certas condições – vinculação obrigacional”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 481.

²⁴³ “No contrato de emprego não ocorre de forma diferente.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p. 238.

²⁴⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. SUMARÍSSIMO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FASE PRÉ-CONTRATUAL.PROCESSO SELETIVO. ENTREGA DE DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA ADMISSÃO E CTPS. submissão da autora a exame admissional previsto EM Norma Regulamentadora da empresa. NÃO CONTRATAÇÃO. FRUSTRAÇÃO. O quadro fático registrado demonstra a nítida intenção da reclamada em celebrar o contrato de trabalho, bem como o rompimento injustificado das negociações, tendo em vista a apresentação de fotos e documentos

No caso em apreço, a trabalhadora após o êxito nas cinco etapas de recrutamento e seleção para a vaga de emprego, tendo inclusive entregue a documentação solicitada para a contratação e comparecido ao exame médico admissional, foi frustrada com a interrupção injustificada das negociações. O juízo singular reconheceu a *culpa in contrahendo* e a violação dos deveres da boa-fé, sendo a decisão confirmada pelo Tribunal Regional e posteriormente pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O tratamento dado ao caso em tela mostrou-se em consonância com o defendido pela doutrina²⁴⁵, pois reconheceram a vulneração das obrigações pré-contratuais geradas pela boa-fé. Corolário lógico, foi a punição imposta a parte que imprimiu concreta expectativa na outra e injustificadamente rompeu as negociações.

Em contraponto a jurisprudência acima apontada, coteja-se o caso Richard Vinícius Vital Leme X Marfrig Global Foods S.A²⁴⁶.

exigidos para admissão e entrega da CTPS como última etapa do procedimento, com submissão da autora ao exame admissional previsto na Norma Regulamentadora da empresa. Não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de contratar. Nesse contexto, o entendimento do Tribunal Regional está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, no caso de promessa de contratação, as partes sujeitam-se aos princípios da lealdade e da boa-fé e que a frustração dessa promessa sem justificativa enseja indenização por dano moral.precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DA CTPS SOB PENA DE MULTA. A decisão recorrida registra expressamente que a autora entregou sua CTPS à empresa. O exame da tese recursal, no sentido contrário, esbarra no teor da Súmula nº 126 do TST, pois demanda o revolvimento dos fatos e das provas. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 807-19.2012.5.18.0181, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 20/05/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015).

²⁴⁵ “A existência de negociações, qualquer que seja a sua forma, antecedentes a um contrato; a prática de atos tendentes a despertar, na contraparte, a confiança legítima de que o contrato seria concluído; a efetiva confiança, da contraparte; a existência de dano decorrente da quebra desta confiança, por terem sido infringidos deveres jurídicos que a tutelam: e, no caso da ruptura das negociações, que esta tenha sido injusta, ou injustificada – aí estão, sinteticamente, posta, as condições da responsabilidade pré-negocial.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 485.

²⁴⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.pPROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1.pPRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.pPERDA DE UMA CHANCE. NÃO CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. A jurisprudência desta Corte entende pela possibilidade de deferir indenização por danos morais pré-contratuais se comprovada a circunstância de o empregador, na fase que antecede à formalização do contrato de trabalho, gerar no trabalhador séria e consistente expectativa de celebração do pacto e, na sequência, acabar por não efetivá-lo. Entretanto, no caso concreto do presente processo, de acordo com os dados fáticos expostos pelo TRT, as tratativas entre o Autor e a Empresa não foram suficientes para caracterizar uma real, efetiva e séria expectativa de celebração do pacto laboral. Com efeito, concluiu a Corte Regional, a partir da apreciação do conjunto fático-probatório produzido nos autos, que não ficou demonstrada a existência de uma expectativa legítima

No caso em apreço, o candidato foi despedido por justa causa do antigo emprego e participou de um processo de seleção na empresa ré. Afirmou o obreiro que possuía promessa de contratação pela reclamada. Em contrapartida, está refutou a pretensão sob o argumento de que apenas efetuou processo seletivo, não sendo escolhido o reclamante. O Tribunal Superior do Trabalho assistiu razão a ré, pois não estava presente a justa e séria expectativa.

Sem reparos a decisão exarada pela Corte de cúpula. Nota-se que neste caso não há justa expectativa para o autor, pois inexiste uma oferta de emprego direcionada para ele. Portanto, o fato de não ser escolhido no processo seletivo não frustra qualquer dever por parte da ré.

O dissenso pretoriano, nos dois casos trazidos a cotejo, está relacionado a justa expectativa das partes. Enquanto no primeiro caso temos a oferta expressa de emprego para a autora e a frustração pelo rompimento injustificado por parte da ré nas negociações; na segunda jurisprudência em destaque temos a frustração pessoal de um candidato que concorre a uma vaga de emprego.

Notório que no primeiro caso apercebe-se um dever da ré em manter sua promessa de contratar a autora, até porque agiu ostensivamente no sentido de firmar o contrato. Não obstante, frustrou a justa expectativa criada por ela nas negociações e, por conseguinte, o comportamento exigido pela sociedade.

No segundo aresto apresentado a situação é completamente diversa. Houve um processo seletivo em que o autor não obteve sucesso. Percebe-se que a reclamada não agiu de modo a alcançar a vaga de emprego ao reclamante. De igual

por uma chance previamente oferecida, constatando, desse modo, que restou demonstrado nos autos apenas que Autor, após a saída da empresa SEARA, estava em processo de seleção na Reclamada. A propósito, explicitou o TRT que era do "autor era o ônus probatório (art. 818 da CLT e 333, I, do CPC/1973), mas dele não se desvencilhou, pois não conseguiu demonstrar que não foi concretizada a contratação com a ré com a intenção de causar-lhe prejuízos e nem mesmo de que tenha se desligado da empresa Seara com a certeza de que iria compor vaga na ré", notadamente pelo fato de que o Reclamante não pediu demissão, tendo a rescisão ocorrido por vontade do empregador - conforme consignado no acórdão recorrido. Agregou o TRT, outrossim, que não "ficou demonstrada nos autos a combinação entre as partes de que, se o autor renunciasse à estabilidade da CIPA perante seu empregador, Seara (JBS), teria garantida colocação profissional na reclamada (Marfrig) e nem que, se por ventura isso tivesse ocorrido, de que a reclamada teria agido com culpa ao não contratá-lo". Desse modo, para divergir da conclusão adotada pelo Tribunal Regional, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso nesta fase recursal, diante do óbice da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 2593-63.2014.5.02.0023 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/10/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/10/2017)

forma, é socialmente aceito que as empresas podem realizar processos seletivos sem que isso implique na contratação dos candidatos. Logo, não houve a violação de um comportamento resguardado pela sociedade, ou seja, não incorreu a reclamada na vulneração na boa-fé.

Por derradeiro, uma breve pesquisa no repositório de jurisprudência^{247 248} do Tribunal Superior do Trabalho revela que o tema da responsabilidade pré-contratual

²⁴⁷ AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL. Segundo o quadro fático trazido pelo Regional, o reclamante concorreu à vaga de emprego na reclamada e, para tanto, assistiu a palestras por três dias e efetuou procedimentos para a abertura de conta bancária, havendo fortes indícios de que o autor seria contratado, porém, após os atos preparatórios à contratação, foi considerado doente ou incapaz pelas duas reclamadas. Assim, diante do delineamento fático trazido pelo Regional, insuscetível de reapreciação nessa instância extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST, não se vislumbra violação dos arts. 5º, X, da CF e 186 do CC. 2. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O Regional, ao fixar o valor da indenização por dano moral, observou o limite trazido na petição inicial, razão pela qual não se cogita em violação dos arts. 128 e 460 do CPC/1973, e determinou a aplicação da Súmula nº 439 do TST, que trata do momento a partir do qual são devidos os juros de mora e a atualização monetária nas condenações por dano moral, não havendo falar em contrariedade a essa Súmula. Arestos inválidos e inespecíficos. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DENEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO DE REVISTA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 896, § 1º-A, I, DA CLT. INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA OBJETO DO RECURSO DE REVISTA. Nos termos do artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei nº 13.015/2014, é ônus da parte, sob pena de não conhecimento, "indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista". No caso, não há falar em observância do requisito previsto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, quanto ao tópico afeto aos honorários advocatícios, porque se verifica que a 1ª reclamada, nas razões do seu recurso de revista, não transcreveu a ementa, o inteiro teor ou o trecho pertinente da decisão atacada que consubstancia o prequestionamento da matéria recorrida. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 20360-65.2015.5.04.0010, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 25/10/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017).

²⁴⁸ I - AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. Ante a possível violação ao artigo 5º, X, da CF/1988, deve ser provido o agravo de instrumento. II - RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. Não obstante a conclusão do Tribunal a quo, entendo que os fundamentos do juízo sentenciante, ao reconhecer o direito do reclamante à indenização por danos morais por expectativa de contratação frustrada, conferem melhor solução à controvérsia. No caso, a contratação não foi efetivada após a realização de longo processo admissional, tendo a empresa fornecido ao empregado alojamento por 16 (dezesseis) dias, curso de integração e também realizado o exame admissional. Há demonstração nos autos de que houve nítida intenção da reclamada de contratar o autor, tanto que o trabalhador "chegou a assinar declaração de que estava ciente das orientações da empresa e tomadores de serviço". Por outro lado, não restou demonstrado qualquer motivo que justificasse a não efetivação da contratação, como a inaptidão nos exames admissionais, por exemplo. A conduta da empresa efetivamente é passível de ser compensada por meio de indenização por dano moral, pois o ato ofendeu o dever de lealdade e boa-fé, gerando no trabalhador séria e consistente expectativa de celebração de um novo vínculo empregatício, de modo que a sua frustração causa prejuízos não apenas financeiros, mas também afeta a moral de permanecer na situação de desemprego, entrando na esfera íntima do lesado, caracterizando, portanto, prática de ato ilícito, em desrespeito aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da boa-fé objetiva, consagrados nos arts. 1º, III e IV, da CF/1988 e 422 do Código Civil, surgindo daí o dever de indenizar (artigo 5º, V e X da CF/1988). Em relação ao valor da indenização, considerando o porte da empresa reclamada, a condição pessoal do reclamante, e o fato de que o trabalhador teria sido contratado para um salário de R\$ 1.540,00 (fl. 6), tem-se que o

se mostra pacificado. Sedimentou a doutrina do tribunal de cúpula no sentido de serem reconhecidos os deveres anexos, provenientes da boa-fé, na fase das tratativas e do dever de resguardá-los.

Deveres Secundários na Fase Pré-Contratual do Contrato de Emprego

Como já explanado, a boa-fé agrega obrigações na fase pré-contratual, inclusive nos contratos de emprego. Nesta etapa negocial, as partes realizam atos buscando do contrato²⁴⁹. Nesta esteira, as obrigações anexas emergem para resguardar os tratantes, correspondendo, sem prejuízo de outros deveres elencados, aos deveres: de informação, de lealdade e de proteção²⁵⁰.

Esmiúça-se cada um dos deveres secundário da fase pré-contratual.

Dever de Proteção

O dever de proteção²⁵¹ impõe que o tratante não cause danos, seja direta seja indireto a parte contrária²⁵². O dano causado a parte adversa pode ser tanto material quanto moral²⁵³.

montante que havia sido arbitrado na sentença (R\$ 5.000,00) atende satisfatoriamente aos padrões de proporcionalidade e de razoabilidade, sendo adequado à extensão do dano, ao grau de culpa e à condição econômica da ré segundo a valoração dos elementos de prova constantes dos autos. Recurso de revista conhecido e provido. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. FASE PRÉ-CONTRATUAL. VÍNCULO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADO. São elementos caracterizadores da relação de emprego (art. 3º da CLT): trabalho prestado por pessoa física a um empregador, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Na hipótese, verifica-se que, no período em que o reclamante esteve realizando os atos admissionais para fins de contratação - ainda que alojado nas dependências da empresa - , não houve configuração de tempo de prestação de serviços ou de tempo à disposição do futuro empregador para tal fim. Com efeito, o interregno em que o reclamante esteve no alojamento da empresa, submetendo-se a exames médicos admissionais e a treinamentos pretéritos à assinatura da CTPS, caracteriza efetivo período pré-contratual, que, apesar de gerar real e consistente expectativa de celebração do vínculo de emprego, não detém os contornos de um efetivo contrato de trabalho, porquanto, nesse período, não há falar em subordinação jurídica no que se refere à prestação de serviços objeto da contratação. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1229-93.2012.5.03.0089 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 02/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/08/2017).

²⁴⁹ “Há encadeamento de todos os atos no sentido da celebração do contrato, ou seja, como num processo os atos são organizados na busca de sentido final.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.p. 238.

²⁵⁰ “A responsabilidade pré-contratual pode-se verificar em diversas frentes, mas é possível, aproveitando-se as experiências jurisprudenciais alemã e portuguesa cobri-la em três áreas: a dos deveres de proteção, a dos deveres de informação e a dos deveres de lealdade.” BARACART, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.p.225.

²⁵¹ “os deveres de proteção obrigam a que, sob pretexto de negociações preliminares, não se inflijam danos à contraparte [...]” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 583.

²⁵² “Os deveres de proteção obrigam as partes a., durante as tratativas preliminares, não causarem reciprocamente danos diretos, por um lado, à pessoas e bens, nem indiretos, derivado de despesas e

O dano material resta configurado quando um dos tratantes causa prejuízos materiais ao outro. Como exemplo, na esfera trabalhista, o patrocínio pela empresa de um curso de qualificação profissional para o trabalhador assumir um posto de trabalho e, após a realização do curso, o obreiro desiste injustificadamente da contratação.

Latente, no exemplo em voga, que o empregador despendeu recursos financeiros visando que o candidato se qualificasse para a contratação e este frustrou as reais expectativas daquele. Equitativo, portanto, que o candidato restitua os valores despendidos pela empresa para que seja restaurado o equilíbrio entre as partes.

De igual forma, poderá ocorrer o dano moral, quando, por exemplo, o empregador na dinâmica em grupo da seleção para a vaga de emprego discrimina um dos candidatos em razão da sua etnia, credo, orientação sexual, etc. Incontestável que na situação descrita o selecionador vulnerou o âmago da intimidade do candidato e, portanto, deverá indenizá-lo.

Dever de Informação

O dever de informação²⁵⁴ obriga as partes a prestarem os esclarecimentos e a noticiarem os conteúdos relevantes para a conclusão do contrato. Aponta-se que os deveres de informação podem ser violados por atos ativos, mentiras, como por omissões, quando se deixa propositalmente de prestar um dado que se sabe importante para a contraparte²⁵⁵.

outros sacrifícios que, no desenrolar da negociação, sejam, em princípio, normais tornem-se anormais, diante da não-observância da conduta da boa-fé.” BARACART, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.p.225.

²⁵³ “O dano pessoal pode ser material [...].poderá haver, ainda, a reparação por dano moral [...]” BARACART, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr,

2003.pp.225 e 226.

²⁵⁴ “os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por ações, portanto com indicações inexatas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 583.

²⁵⁵ “[...] os deveres podem ser violados tanto por ação, com indicações incorretas, como por omissão, pelo silêncio em relação a elementos que a outra parte tinha interesse objetivo de conhecer.” BARACART, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.p.232.

Dever de Lealdade

O dever de lealdade²⁵⁶ impõe que os negociadores atuem com retidão nas tratativas. Este dever é composto pelo: dever de sigilo – as partes é defeso publicitar as informações que lhe forem confiadas em razão da negociação – , pelo dever de cuidado – as partes devem zelar para que o contrato seja hígido e válido- e pelo dever de agir coerentemente – as partes devem empregar esforços para a conclusão do negócio - ²⁵⁷.

²⁵⁶ “Os deveres de lealdade vinculam os negociadores a não assumirem comportamentos que se desviem de uma negociação correta e honesta.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 583.

²⁵⁷ “Ficam incluídos os deveres de sigilo – as partes não podem desvendar matéria que tenham tido conhecimento por da negociação, quando, com isso se contrarie as expectativas das outra parte – de cuidado – deve ser preservado, na atuação preliminar, o escopo da formação válida de um contrato, com exclusão de atos que, dolosos ou negligentes, ponham em causa, sem razão essa possibilidade – e de atuação consequente – não se deve, de modo injustificado e arbitrário, irromper-se uma negociação em curso, [...]” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.p. 583.

5. Considerações Finais

O vínculo de emprego, uma das espécies da relação de trabalho, possui como traço característico a subordinação de uma das partes (empregado) em face da outra (empregador). A origem da distinção remonta ao Direito Romano que distinguia o trabalho subordinado (*location operarum*), em que se adquiria o direito a gozar da energia laboral do outro, do trabalho autônomo (*location operis*), em que se adquiria o resultado do trabalho. A referida distinção jurídica histórica foi herdada pelo sistema jurídico brasileiro.

Além do atributo da subordinação, a relação de emprego possui outras três características elencadas ostensivamente no artigo 3ª da Consolidação das Leis do Trabalho, a saber: habitualidade, pessoalidade e onerosidade. A pessoalidade, aplicada apenas ao empregado, denota que a obrigação contraída é *intuitu personae*, ou seja, uma obrigação infungível, personalíssima e intransmissível, pois o que se adquire é a energia laboral do trabalhador; a habitualidade aponta que o vínculo de emprego é contínuo e por tempo indeterminado; e por fim, a onerosidade que impõe a contraprestação pecuniária pelo trabalho prestado.

Por sua vez, o contrato de emprego, outrossim denominado contrato de trabalho *strictu sensu* ou contrato de trabalho subordinado, é um negócio jurídico bilateral em que um dos contraentes (empregado) se obriga a prestar trabalho subordinado a outro (empregador) mediante a contraprestação pecuniária (salário). Como em qualquer negócio jurídico estão presentes os elementos gerais: capacidade dos agentes, objeto lícito e possível e o consentimento das partes.

A capacidade das partes indica a competência jurídica para a pessoa, por si, contrair obrigações e adquirir direitos. Ponto de relevo é de que a idade em que cessa a incapacidade absoluta de contratar. Enquanto na seara civil é aos dezesesseis anos, na esfera trabalhista ocorre aos catorze anos. Contudo, em ambas, a capacidade plena é atingida aos dezoito anos.

Em uma modesta contribuição ao avanço do Direito, anota-se que, inexistindo dispositivo legal específico sobre o alcance da incapacidade relativa na legislação laboral, deverá o artigo 428, da Consolidação das Leis do Trabalho, ser o balizador da extensão dos atos abrangidos pela capacidade relativa em todos os contratos de

trabalho e não só aos menos de 18 anos e maiores de 14 anos. É singela a linha de argumentação, o trabalhador com deficiência mental é capaz de dar recibo de percepção de valores, contudo não é capaz de quitação do contrato de trabalho.

O consentimento das partes, condição de validade e existência do negócio jurídico, emerge da manifestação de vontade imaculada das partes em contratar. No contrato de trabalho subordinado, por ser amorfo, este requisito pode ser suprido pela manifestação tácita das partes.

Por derradeiro, o objeto do negócio jurídico diz respeito aos benefícios patrimoniais ou extrapatrimoniais, devendo ser lícito, possível, determinado ou não. No contrato de trabalho *strictu sensu* o objeto são o trabalho e sua contraprestação pecuniária.

Por conta do que está vazado no artigo 422 da Consolidação das Leis do Trabalho, o contrato de emprego parece confundir suas características com as de relação de emprego. Contudo, são distintos.

O contrato de trabalho subordinado tem por características ser: bilateral, consensual, oneroso, comutativo e de trato sucessivo. Logo, contrato de emprego não se confunde com vínculo de emprego, pois são institutos diferentes.

Outrossim, poderá estarem presentes na relação fática os elementos do vínculo de emprego sem que haja contrato de emprego, é o caso, por exemplo do trabalho executado por um absolutamente incapaz ou a avença que tem por objeto o trabalho ilícito. Conquanto preenchidos os elementos da relação de emprego não se terá reconhecido o contrato de emprego, pois vulneram a validade jurídica deste.

Destarte, para que haja contrato de emprego deverá estarem presentes os predicados do vínculo de emprego, bem como se encontrarem preenchidos os elementos do contrato de emprego e suas características. Tem-se assim concluindo a questão do primeiro capítulo, Do Contrato de Emprego, a de expor o contrato de emprego.

No segundo capítulo, Princípios Jurídicos, perseguiu-se a resposta dada ao Direito para as lacunas no sistema jurídico causadas pela complexidade e extensão

das relações fáticas. A solução, encontrada na doutrina, reporta-se a utilização dos princípios jurídicos, por meio das cláusulas gerais, para supri-las.

Os princípios indicam fins a serem atingidos, sendo que estes podem ser uma situação terminal, contínua ou a garantia de um estado. Enquanto as cláusulas gerais permitem o ingresso dos princípios no ordenamento jurídico.

Tendo em vista que os contratos de trabalho *stricto sensu* possuem uma lacuna legal na fase pré-contratual buscou-se no derradeiro capítulo o princípio que a preenche. A resposta encontrada foi o princípio da boa-fé.

Aponta-se que o princípio da boa-fé deriva da boa-fé objetiva (padrão de conduta exigido por uma sociedade, um modelo jurídico de retidão, honestidade, lealdade e outros valores esperados do homem médio), enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito ao estado de consciência do indivíduo.

A boa-fé tem esculpida no artigo 422 do Código Civil a sua cláusula geral no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, o princípio da boa-fé, em razão da sua relevância para o sistema jurídico obrigacional incide neste independentemente de existir regra expressa de sua aplicação.

A ideia da boa-fé no direito civil, que posteriormente será transportada para o direito do trabalho, foi construída historicamente por três feixes: o direito romano, o direito canônico e o direito germânico. O direito romano iria contribuir com a exigência de cumprir a promessa dada e posteriormente com a possibilidade do magistrado utiliza-la como norma jurídica para suprir as lacunas legais; o direito canônico traria a ideia da boa-fé como valor; e por derradeiro o direito germânico que construiu a ideia da boa-fé como padrão social que não pode ser violado.

Desta conjectura emergiu o conceito da boa-fé contemporânea. De uma maneira mais singela, a boa-fé obrigacional é entendida como a valoração pela sociedade de virtudes esperadas do homem médio.

Atualmente, compreende-se que o vínculo obrigacional não está limitado a obrigação principal e a execução do contrato. Aponta-se que as partes possuem obrigações secundárias em todas as fases contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual). Estas obrigações anexas, decorrem da expectativa da sociedade

em valores como, por exemplo: lealdade, confiança, clareza, cooperação, etc. Logo, o princípio da boa-fé, que corresponde aos valores cultivados por uma sociedade, será o responsável por gerar as obrigações secundárias.

Rudolph Von Jhering elaborou a tese – denominada *culpa in contrahendo* – de que na fase pré-contratual há obrigações dos tratantes, conquanto inexista ainda contrato. Notou Jhering que o comportamento das partes deve estar em consonância com o princípio boa-fé e que sua vulneração importa em indenizar a parte lesada, pois está empenhou recursos para a concretização do contrato que não se perfectibilizou por conta do comportamento desleal da parte adversa.

Os contratos de emprego não diferem dos contratos em geral, e, portanto, na fase pré-negocial agregam obrigações secundárias que deverão ser resguardados pelos tratantes. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é uníssona em aplicar a referida concepção.

Por fim, conclui-se que o princípio da boa-fé agrega obrigações secundárias em todas as fases dos contratos, inclusive os de trabalho, em decorrência do comportamento esperado pela sociedade.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Interpretação**. AJURIS, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar.1989.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé nos contratos de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BARACART, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal 1988.
- BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).
- BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. (Código de Processo Civil).
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo, Saraiva, 1993.
- Ferraz Junior, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo : Atlas, 2003.
- FILHO, Evaristo de Moraes. **Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa**. Rio de Janeiro, Universidade do Brasil, 1957.
- FILHO, Evaristo de Moraes. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo, LTr, 1994.

FILHO, Evaristo de Moraes. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. Volume 1. São Paulo: Livraria Freitas de Bastos, 1960.

FILHO; Evaristo de Moraes. **Contrato de Trabalho**. 7º Volume da Coleção de Direito do Trabalho. São Paulo: Max Limonad, 1944.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LIMA, Iara Menezes. **A Escola da Exegese**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, volume 97, 2015. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55/53> . Acessado em 30 de julho de 2016

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** -29ª edição – São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 1972.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XIII. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 1972.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLVII. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 1972.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. 3ª Ed. Rio de Janeiro, 1972.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho** - 3ª edição - São Paulo: LTR, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 1995.

SEGALA, Natália Butignoli. O princípio da boa-fé objetiva : deveres instrumentais e a função reequilibradora nos contratos de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 81, n. 2, p. 127-138, abr./jun. 2015.

SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.